

Facultad de Derecho



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

El Impuesto sobre Sociedades en fusiones y adquisiciones tanto a nivel nacional, como de la UE

Alumno: Gonzalo Díaz-Criado Rodríguez-Jurado

Tutora: Eva María Gil Cruz

Curso: 2019-2020

Curso: 5º E-3

Índice

1. Resúmenes	4
1.1 Resumen ejecutivo	4
1.2 Abstract	4
2. Situación conflictiva a través de la Decisión (UE) 2015/314 de la Comisión, de 15 de octubre de 2014.....	6
2.1 El derogado TRLIS con su Artículo 12, apartado 5 del TRLIS y la posterior Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, con su artículo 12.2 y las disposiciones transitorias 14ª y 34ª	6
2.2 Motivo fundamental por el que se dio la controversia, y los criterios del Artículo 21 TRLIS (hoy derogado) y las interpretaciones administrativas (DGT y TEAC), para solucionarlo.....	8
2.3 Los aspectos debatidos entre la comisión y las autoridades españolas junto con los terceros interesados y la decisión final de la comisión el 15 de octubre de 2014	11
2.3.1 La interpretación administrativa no era firme	12
2.3.2 Las adquisiciones de particiones intragrupo y las adquisiciones indirectas	12
2.3.3 La novedosa interpretación administrativa no era una modificación sustancial del entonces vigente artículo 12, apartado 5 del TRLIS.....	13
2.3.4 La compatibilidad de la ayuda con el mercado interior de la Unión Europea	16
2.3.5 Confianza legítima, seguridad jurídica, principio del estoppel y recuperación de la ayuda.....	16
2.4 Situación actual del conflicto, abril de 2020, y el impacto real de la problemática en las empresas con residencia en España que aplicaron el anterior criterio en sus respectivas adquisiciones	18
2.4.1 La absorción de Scottish Power por parte de Iberdrola, por un total de 17.200 millones de euros.....	19
2.4.2 La adquisición de la británica O2 por parte de Telefónica en 2006 por una cantidad de libras equivalente a 26.094 millones de euros	20
2.4.3 La adquisición en 2004 de Abbey National Bank por parte del Banco Santander por 19.900 millones de euros.	23
2.4.4 Otros supuestos notables: Ferrovial y su adquisición de BBA y NH Hoteles y su adquisición de Krasnapolski.....	24
3. La posterior, y actualmente vigente, Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, y los nuevos problemas respecto a las fusiones y adquisiciones.	25
3.1 El derogado artículo 13.3 de la nueva Ley 27/2014 y la nueva interpretación de la DGT respecto al fondo de comercio del artículo 103.5 LIS.	25
3.2 Los incentivos fiscales para la adquisición de startups por medio de sociedades que se da en España y que sería muy positivo expandir al resto de Estados Miembro de la UE.....	27

4. Solución a los supuestos conflictivos a través del borrador de la nueva Directiva en la que trabaja la Comisión Europea con el fin de crear una base común del Impuesto de Sociedades para todos los países que integran la UE	30
4.1 Contexto de la propuesta	30
4.1.1 Razones y objetivos de la propuesta	30
4.1.2 Coherencia con las disposiciones vigentes en el ámbito de actuación considerado ..	32
4.2. Base Jurídica, Subsidiariedad y Proporcionalidad	33
4.2.1 Base jurídica	33
4.2.2 Subsidiariedad (en el caso de competencia no exclusiva)	33
4.2.3 Proporcionalidad	34
4.2.4 Elección del instrumento	34
4.3 Resultados de las consultas con las partes interesadas y las evaluaciones de impacto ...	35
4.3.1 Consultas con las partes interesadas	35
4.3.2 Evaluación de impacto	35
4.3.3 Otros elementos	38
4.4 ¿Por qué aún no han conseguido ponerse de acuerdo para la entrada en vigor de la directiva?	39
5. Valoración personal y conclusiones	42

1. Resúmenes

1.1 Resumen ejecutivo

El propósito central de este trabajo es el de analizar qué problemas se han dado respecto al Impuesto sobre sociedades en el marco de la Unión Europea y ver qué posibles soluciones se podrían dar. Respecto a los problemas, se estudia la Decisión de la UE 2015/314 respecto a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero en adquisiciones de sociedades holding. Fue un problema que perduro desde principios del actual siglo XXI hasta nuestros días, donde parece que, tras las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no ha vuelto a brotar el problema. Si bien el conflicto nació a raíz del confuso artículo 12.5 del derogado Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), y como hemos dicho esta ya no está vigente, resulta interesante analizarlo de cara a entender los posibles problemas que se pueden dar por no tener un Impuesto sobre sociedades único en toda la UE. De cara a solucionar este tipo de problemas, la solución que se propone en este trabajo es la propuesta de Directiva de la UE a cerca de un Impuesto sobre Sociedades común para toda la Unión. Entre el problema, que debido a la derogación del TRLIS ya no se puede dar, y la solución, se da un apartado intermedio en el que se explica que posibles nuevos problemas puede haber por la actual Ley sobre el Impuesto sobre Sociedades, la Ley 27/2014. Los conflictos que se puedan dar en el seno de esta Ley en el futuro, por un lado, siguen siendo en referencia al fondo de comercio, y por otro lado trata el régimen de las startups y como sería conveniente aplicar el modelo español a la propuesta de directiva sobre el IS común a toda la UE.

Palabras clave: Fondo de comercio financiero, amortización fiscal, IS común, startups

1.2 Abstract

The central purpose of this paper is to analyse what problems have arisen with regard to corporate tax in the European Union and to see what possible solutions could be found. With regard to the problems, EU Decision 2015/314 on the tax amortisation of financial

goodwill in acquisitions of holding companies is studied. This was a problem that has persisted from the beginning of the current 21st century to the present day, where it seems that, following the decisions of the Court of Justice of the European Union, the problem has not arisen again. Although the conflict arose as a result of the confusing Article 12.5 of the repealed Revised Text of the Corporate Tax Act (TRLIS), and as we have said this is no longer in force, it is interesting to analyse it in order to understand the possible problems that can arise from not having a single corporate tax throughout the EU. In order to solve this type of problem, the solution proposed in this paper is the proposal for an EU Directive on a common corporate tax for the whole Union. Between the problem, which due to the repeal of the TRLIS can no longer be given, and the solution, there is an intermediate section in which it is explained that possible new problems may exist due to the current Corporate Tax Law, Law 27/2014. The conflicts that may arise under this Law in the future, on the one hand, continue to be in reference to goodwill, and on the other hand, it deals with the regime for startups and how it would be appropriate to apply the Spanish model to the proposal for a directive on the IS common to the whole of the EU.

Keywords: Financial goodwill, tax depreciation, common IS, startups

2. Situación conflictiva a través de la Decisión (UE) 2015/314 de la Comisión, de 15 de octubre de 2014

En primer lugar, analizaré una situación conflictiva que se ha dado recientemente, bajo el contexto de fusiones y adquisiciones a nivel de la Unión Europea (UE). En esta decisión, se produce un conflicto entre la Comisión de la UE y las autoridades españolas junto con terceros interesados, respecto de la deducción del fondo de comercio desde un punto de vista fiscal, en adquisiciones indirectas, es decir, a través de sociedades holding, en la UE. Se debate, tal y como analizaremos en profundidad a continuación, si se puede llevar a cabo esta deducción en este tipo de adquisiciones. Es por ello por lo que es una situación conflictiva, y que usaremos de ejemplo para posteriormente, en el apartado 4 de este trabajo, mostrar cual debería ser la solución definitiva para las tasas fiscales en las fusiones y adquisiciones en la UE. Si bien es cierto que este problema que en adelante desarrollaremos, se solucionó a finales de 2018, parece que, de forma definitiva, si se prolonga esta situación de no unificación del impuesto sobre sociedades a nivel europeo, podrán surgir otros conflictos en el futuro. Los principales artículos del conflicto son el 12.5 en relación con el artículo 21 del ya derogado Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, que actualmente han sido modificados por la Ley 27/2014 y que por tanto la situación que se estudia en este apartado 2 del trabajo no se debería repetir. Sin embargo, sirve como muestra de los conflictos que se puedan dar por no tener un Impuesto sobre Sociedades unificado para los Estados Miembro de la Unión Europea.

2.1 El derogado TRLIS con su Artículo 12, apartado 5 del TRLIS y la posterior Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, con su artículo 12.2 y las disposiciones transitorias 14^a y 34^a

Para entender la situación conflictiva que vamos a estudiar a continuación, debemos comenzar por el artículo 12, apartado 5 del Texto Refundido sobre la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante TRLIS).¹

Dicho artículo, que entró en vigor el 1 de enero de 2002, estableció por primera vez la posibilidad de que, una sociedad con residencia en España, que llevase a cabo una adquisición de una sociedad no residente y cuyas rentas pudieran acogerse a la exención

¹ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

fiscal prevista en el artículo 21 del TRLIS, a deducirse el fondo de comercio financiero de su base imponible del impuesto sobre sociedades, que hubiese derivado tras dicha adquisición.

Posteriormente, con la entrada en vigor de la ley 27/2014 de 27 de noviembre sobre el Impuesto sobre sociedades,² se realiza una modificación de los criterios establecidos en el anterior texto TRLIS, con la finalidad de que no vuelvan a suceder los mismos conflictos nuevamente en distintas empresas. Si bien es cierto que los problemas surgidos al amparo de la anterior regulación tuvieron que ser solucionados mediante jurisprudencia del TJUE, y que por tanto no fue propiamente la ley 27/2014 la que solucionó el problema, con la publicación de esta nueva ley se buscaba simplificar en la medida de lo posible el tratamiento del fondo de comercio financiero en las empresas con residencia en España.

En la disposición transitoria 14^a, de la vigente ley 27/2014, se mantiene la hasta entonces vigente, deducibilidad del fondo de comercio financiero para todas aquellas adquisiciones de los valores extranjeros adquiridos en los mismos términos que previamente también se establecían en el TRLIS, con las respectivas limitaciones temporales, así como de residencia de la entidad. Sin embargo, esta deducción no se aplicaría a aquellas adquisiciones de valores representativos de la participación en fondos propios de entidades residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea que fueran realizadas a partir de 21 de diciembre de 2007. Se realizó para aquellas empresas españolas, que habían aplicado la anterior legislación y con el fin de dar cierto margen temporal de cara a aplicar la nueva regulación. Las empresas que se encontraban bajo las circunstancias de esta disposición transitoria llevarían a cabo un proceso judicial con la Comisión Europea que posteriormente se desarrolla y que fue resuelto mediante el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Además, en relación a las deducciones por este concepto con efectos para los períodos impositivos que se iniciaron a partir del año 2015, se estableció en la Disposición Transitoria 34^a que la deducción a la que se refiere la disposición transitoria 14^a, está sujeta al límite anual de una centésima parte del importe.

Más allá de estas disposiciones transitorias, a partir del 2015, los activos intangibles se amortizan atendiendo a su vida útil. Para todos aquellos casos en los que no sea posible, será amortizable a razón de una veintava parte cada año. Así se indica en el artículo 12.2

² Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades

de la nueva Ley del IS³. Siguiendo lo previamente desarrollado, esta nueva legislación buscaba evitar una regulación compleja que pudiera dar pie de nuevo a litigios en el marco de la Unión Europea debido a diferentes deducciones realizadas por un determinado entendimiento del precepto. En definitiva, la intención era la de simplificar.

2.2 Motivo fundamental por el que se dio la controversia, y los criterios del Artículo 21 TRLIS (hoy derogado) y las interpretaciones administrativas (DGT y TEAC), para solucionarlo

Las sociedades holding, no ejercen una actividad operativa por sí mismas, sino que tienen como finalidad prioritaria la de mantener acciones de otras sociedades, es por ello por lo que no pueden generar fondo de comercio financiero en el primer nivel. La controversia surgió entonces en sí, se le podía aplicar la deducción del fondo de comercio del artículo 12, apartado 5 del TRLIS, a aquellas sociedades holding que no generaran fondo de comercio financiero en el primer nivel, sino en el segundo o posteriores niveles.

Por un lado, haciendo una breve definición del concepto para un mejor entendimiento del problema, el denominado fondo de comercio financiero se define como un importe resultante de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y el valor contable que no ha sido imputado a los bienes y derechos de dicha entidad, a fecha de la adquisición. Se debe entender como un sobrepago, que se paga con expectativa de recibir unos beneficios superiores los siguientes años. La cantidad de este será el importe que no haya sido imputado a los bienes y derechos de la sociedad no residente. Por otro lado, existen dos tipos de adquisiciones a partir de las cuales puede surgir este fondo de comercio: Las adquisiciones directas, que consisten en la compra por una sociedad de una participación en los fondos propios de una empresa en un primer nivel, o de forma directa como su propio nombre indica, y la adquisición indirecta, en cuyo caso la compra consiste en la participación en los fondos propios de una empresa de segundo o posterior nivel como consecuencia de una adquisición directa previa. Es este segundo caso el que se da al comprar una empresa holding, y que consecuentemente convierte a la empresa adquirente en titular, de forma indirecta, de participaciones en sociedades situadas en segundos o posteriores niveles.

³ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

De este fondo de comercio surgido tras llevar a cabo la adquisición, se permitía entonces deducir hasta un cinco por ciento anual de dicho importe en la base imponible en base a la anterior legislación.

Si bien es cierto que el TRLIS está derogado, resulta interesante analizar esta problemática, pues se encuadra dentro de los conflictos que pueden surgir por carecer de un IS común en toda la Unión Europea.

Respecto a la solución llevada a cabo para solucionar este conflicto, el entonces válido artículo 21 del TRLIS,⁴ consideraba en su apartado (a), de vital importancia que la sociedad en la que se adquiere una participación estuviera sometida a un impuesto análogo al IS, pues lo que se buscaba era evitar aquellos territorios de nula tributación, es decir, era una normal fiscal anti-abuso. Además, en su apartado (b) y (c)⁵ hacía una especial la mención a la necesidad de ejercer una actividad operativa.

Cabe hacer un inciso, y es que actualmente, el artículo 21 de la Ley 27/2014, en ningún caso exige que la actividad de la entidad que reparte los dividendos tiene que desarrollar una actividad empresarial, a diferencia de lo que anteriormente se establecía en el artículo 21 del Texto Refundido de la LIS. Ello evita problemas como el que está siendo desarrollado en este apartado y supone un avance para la simplificación del IS para aquellas empresas presentes en varios EM (Estados Miembro) de la UE.

Por otra parte, inicialmente la interpretación administrativa de entonces permitía únicamente la deducción del fondo de comercio financiero a aquellas adquisiciones directas de participaciones. Tanto la Dirección General de Tributos (DGT) en su práctica administrativa, como el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) en su jurisprudencia, reiteraron este comportamiento.

Su razonamiento era el siguiente:

Se exigía como requisito la realización de una actividad económica. El principal motivo era que, si se realizaba dicha actividad, existirán ciertos elementos intangibles que llevarían a aquellos compradores a querer pagar más por la empresa para adquirirla. Algunos de estos elementos son: El *know-how*, es decir la manera en la empresa lleva a

⁴ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

⁵ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

cabo el negocio y que supone en gran medida una certeza o una garantía de que lo llevará a cabo con éxito; El *market share*, que supone aquella parte del mercado que habitualmente compran los productos de la empresa en cuestión y que se espera que así siga siendo; o el prestigio de la marca, que le permite a la empresa establecer ciertos precios en base a la calidad que se espera de sus productos.

En el caso de que lo que se adquiriera fuese una sociedad holding, no se podría considerar que hubiera un fondo de comercio financiero, pues su función no es la de realizar una actividad económica. Si aun así se pagase un precio mayor del mayor contable, no se podría imputar este a los activos de la sociedad que se adquiere, pues al ser una sociedad holding los únicos activos de los que dispone son las acciones que a su vez esta sociedad holding ha adquirido de otras empresas.

Un ejemplo de consulta jurídica vinculante que se llevó a cabo para formar la que entonces fue la interpretación administrativa inicial, es la 1490-02 de 4 de octubre de 2002. En ella, la entidad que realizaba la consulta se dedicaba al diseño y fabricación de equipos informáticos y electrónicos. Dicha entidad, preveía adquirir una entidad holding de los Países Bajos que a su vez tenía participaciones en dos sociedades operativas residentes, una en Francia, y otra en Irlanda. La adquisición de la entidad holding de los Países Bajos se hacía por un coste superior al valor teórico contable de las sociedades francesa e irlandesa, y buscaba la deducción del artículo 12, apartado 5 del TRLIS. Ante dicha consulta, la DGT excluyó de forma explícita la aplicación a las adquisiciones indirectas.

Respecto a las resoluciones del TEAC, lo primero que hay que resaltar es que, si existe doctrina del TEAC acerca de la cuestión a regularizar, será esta doctrina la que vincula a los órganos de aplicación de los tributos, como es el DGT, y no sus propias consultas vinculantes, es decir, que tiene prioridad aquello que establezca el TEAC. Sin embargo, esta relación de prioridad no fue un problema en este caso, puesto que en hasta cuatro resoluciones (00/2842/2009 o 00/4872/2009 entre otras) el TEAC admitió lo establecido por la DGT.

Posteriormente, esa interpretación administrativa fue modificada, tanto el TEAC como la DGT consideraron que si la actividad económica, en lugar de operar en el primer nivel, lo hacía en el segundo o ulteriores, esto no debía ser un impedimento de aplicación del artículo 21 TRLIS y consecuentemente, del 12 apartado 5 de esta misma ley. Además, consideraron que las sociedades holding no deben ser excluidas, pues teniendo en cuenta

la lógica que se desprendía del precepto, lo que se pretendía era fomentar la inversión extranjera, así como la internacionalización de las empresas españolas, y por ello, la no inclusión de las adquisiciones indirectas supondría ir en contra de la intención o finalidad del precepto.

Frente a estos argumentos, se recurrieron las resoluciones del TEAC acerca del fondo de comercio financiero, ante la Audiencia Nacional, la cual se desmarcó de la nueva interpretación, y confirmó la no inclusión de las adquisiciones indirectas. Desde su perspectiva, el citado fondo de comercio financiero solo puede aflorar en aquellos casos en los que la sociedad desarrolla una actividad económica, y en el caso de las sociedades holding, su único objetivo es el de la tenencia de acciones de otras sociedades operativas.

Por último, la Comisión decidió abrir expediente oficialmente sobre el asunto e investigar, a raíz de la denuncia de una empresa privada. Estas investigaciones conllevaron dos decisiones negativas, que llevaban aparejadas las ordenes de recuperación de las ayudas que habían recibido. La primera de estas decisiones fue respecto a las deducciones fiscales por la adquisición de participaciones en empresas no residentes, pero que si se encontraban en el interior de la unión. La segunda decisión fue respecto a las adquisiciones de fuera de la unión. Pese a ello, se establecieron ciertos límites respecto a la recuperación de las ayudas, pues se admitió la existencia de confianza legítima. Respecto a la nueva interpretación administrativa, vista ad supra, la comisión señaló que esta modificación del régimen no había sido notificada conforme a lo establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en su artículo 108, apartado 3.⁶ Por ello, se decidió incoar el procedimiento del apartado 2 de dicho artículo, en el que no solo se presentaron las autoridades españolas, sino también cinco terceros interesados.

2.3 Los aspectos debatidos entre la comisión y las autoridades españolas junto con los terceros interesados y la decisión final de la comisión el 15 de octubre de 2014

Dentro de los cinco interesados se encontraban: AXA, Abertis, Iberdrola, Telefónica y Santander. Su posición, al igual que la de las autoridades españolas, era la de que la nueva interpretación en ningún caso suponía una nueva ayuda. Por parte de la comisión, consideró que ninguno de los motivos expuestos por “los españoles”, conseguía demostrar que no era una ayuda.

⁶ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Los argumentos que se discutieron son los siguientes:

2.3.1 La interpretación administrativa no era firme

Desde la perspectiva tanto de las autoridades como la de los interesados españoles, al existir la posibilidad de interponer un recurso contra la interpretación administrativa inicial, ello implicaba que la interpretación no era firme.

Desde la perspectiva de la Comisión, consideraba que, pese a que tanto las consultas vinculantes como las resoluciones del TEAC podían ser recurridas ante instancias judiciales superiores, no conlleva que las mismas no produjesen efectos jurídicos para el obligado tributario.

De hecho, según se establecía en artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria⁷, en todos aquellos casos que hubiera identidad de hechos y de circunstancias entre distintos sujetos, se deberían aplicar los mismos criterios en ambos casos. De esta forma, era de esperar que utilizase los mismos criterios, desde el punto de vista de un operador prudente.

2.3.2 Las adquisiciones de particiones intragrupo y las adquisiciones indirectas

Por una parte, a raíz de la resolución del TEAC de junio de 2010, junto con una sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de octubre de 2011, y la posterior confirmación de esta por el Tribunal Supremo en una sentencia de 24 de junio de 2013, las autoridades del reino de España consideraron que la interpretación administrativa fue modificada progresivamente.

Por su parte, la Comisión consideró que las sentencias anteriormente mencionadas no demostraban tratamiento tributario novedoso respecto de las adquisiciones indirectas de participaciones en lo relativo a la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Desde su punto de vista, trataban las adquisiciones de participaciones intragrupo, cuestión distinta a la ahora presente. Las adquisiciones intragrupo se regulan mediante el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, respecto a los gastos financieros netos deducibles.

⁷ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

2.3.3 La novedosa interpretación administrativa no era una modificación sustancial del entonces vigente artículo 12, apartado 5 del TRLIS

La comisión consideró que, al ampliar la ayuda de las adquisiciones directas a las indirectas también, esto suponía una inmensa cantidad de dinero que, desde su punto de vista, si era sustancial. Más allá de ello, esencialmente el problema se centraba en el nuevo cambio de cálculo del fondo de comercio financiero:

El fondo de comercio financiero, como hemos comentado anteriormente, es la diferencia entre el precio pagado por una sociedad, y el valor contable de la misma -sin olvidar añadir en los fondos propios, en la parte de patrimonio neto del balance de situación, la cantidad introducida por la sociedad adquirente, así como valorar los activos del balance de situación a valor de mercado-. En el caso del fondo de comercio financiero se adjudica este sobreprecio a las expectativas de conseguir beneficios en el futuro.

A raíz de este criterio, si se adquiere una sociedad holding, cuyos únicos activos son las participaciones en el capital social de otras empresas, al valorarlos a precio de mercado, nos encontramos con el precio de adquisición, y ello no podría dar pie a que hubiera fondo de comercio financiero.

El nuevo método de cálculo del fondo de comercio financiero propuesto para solucionar las controversias en estos casos de adquisiciones de sociedades holding era el siguiente:

Se elimina la inversión, es decir todos los fondos propios aportados por la sociedad holding se eliminan, esa cantidad eliminada se reajusta en los activos de la sociedad operativa, valorando los mismos a valor de mercado y finalmente se añade en reservas la cantidad que no se haya podido reajustar. Se lleva a cabo un ejercicio de consolidación para alcanzar la actividad operativa del segundo y posteriores niveles. Finalmente, los ejercicios posteriores se eliminarán las reservas creadas durante la consolidación.

Como solo quedarían los fondos propios que no fuesen de la sociedad holding, la diferencia entre el precio de adquisición y los fondos propios que resultasen tras la consolidación sería el fondo de comercio. La imagen final sería un único balance de situación, con los activos y pasivos de todas las empresas participadas, como si fuera una única empresa.

Entonces las dudas se planteaban en torno a si se debe calcular el fondo de comercio respecto a la sociedad consolidada o si se debe realizar respecto de las cuentas individuales de la sociedad holding:

El método de cálculo inicial utilizado sistemáticamente por la DGT y el TEAC⁸ llegó a la conclusión de que el valor contable que se debía tener en cuenta debía ser el reflejado en las cuentas individuales de la sociedad adquirida no residente. De esta forma, en ningún caso el fondo de comercio (y, por consiguiente, ningún fondo de comercio financiero) podría aflorar en el contexto de una adquisición indirecta de participaciones resultante de una adquisición directa de participaciones en sociedades holding no residentes.

En definitiva, pese a no haber habido un cambio en la redacción del artículo 12, apartado 5 del TRLIS entonces aplicable, la nueva interpretación que se hacía del mismo implicaba un cálculo del fondo de comercio financiero, distinto respecto al que se establece en este mismo artículo. No se pudo considerar un cambio en la redacción, pero si un cambio sustancial en tanto que permitió la deducción fiscal de una gran cantidad de dinero.

Por último, en lo que a este apartado se refiere, los cinco motivos alegados por las autoridades españolas y los terceros interesados respecto al cambio de interpretación del artículo 12, apartado 5 del TRLIS, no fueron suficientes para justificar este nuevo cálculo del fondo de comercio, el uso de cuentas consolidadas y la inclusión de las adquisiciones indirectas. De forma breve, describimos estos cinco motivos desestimados por la comisión:

a) La finalidad del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, era fomentar la internacionalización de las empresas españolas

Desde el punto de vista de la comisión, no era motivo suficiente para justificar este tipo de ayuda que ya había sido declarada previamente ilegal, tanto en la primera como en la segunda decisión.

⁸ DECISIÓN (UE) 2015/314 DE LA COMISIÓN de 15 de octubre de 2014 relativa a la ayuda estatal SA.35550 (13/C) (ex 13/NN) (ex 12/CP) ejecutada por España Régimen relativo a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras [notificada con el número C(2014) 7280] (El texto en lengua española es el único auténtico)

b) Referencias a la adquisición indirecta en la Primera y Segunda Decisiones, las preguntas parlamentarias y el comunicado de prensa de la Decisión de incoación de 2007

La función de la comisión es la de analizar el régimen legal de ayudas tal y como se lleva a cabo en la práctica. De esta forma, el régimen español, se limitaba a ejecutar esta ayuda a las adquisiciones directas, prueba de ello era la práctica administrativa que, de forma constante y relevante, se mantuvo hasta 2012. Resultaba evidente pues, para la comisión, que el régimen no era en ningún caso de aplicación a las adquisiciones indirectas, y por ello, sus menciones a las mismas no deben ser sacadas de contexto.

c) La remisión al artículo 21 del derogado TRLIS

Al cambiar la posición mantenida respecto de las adquisiciones indirectas en el momento de la primera y la segunda decisión, las autoridades españolas estaban ampliando el ámbito de aplicación del artículo 21 del TRLIS. Si bien es cierto que en dicho artículo se mencionan las adquisiciones indirectas, las mismas no cumplían otro requisito que se expusiera en este artículo, el referente a la actividad económica. Las sociedades holding no ejercen esta actividad y por ello, al realizar una remisión al artículo 21 del TRLIS, había que tener en cuenta todos los requisitos, de modo que no se realice una ampliación del ámbito de aplicación, que pueda resultar contrario al mercado común.

d) Principios de igualdad de trato, no discriminación y neutralidad fiscal

A tenor de lo establecido en la decisión⁹, la Comisión consideraba irrelevante determinar si la interpretación administrativa inicial conducía a una discriminación entre las adquisiciones directas y las indirectas o si vulnera el principio de neutralidad fiscal. Su cometido consiste únicamente en evaluar si la disposición en cuestión constituye ayuda estatal, teniendo en cuenta el modo en que la llevan a la práctica las autoridades nacionales en el momento de su notificación.

Por lo tanto, para la comisión, esta consideración se salía de sus competencias, así como lo encontraba irrelevante para la situación que se deseaba examinar entonces. Es por ello, que decidió no posicionarse al respecto y desestimar el argumento de las autoridades

⁹ DECISIÓN (UE) 2015/314 DE LA COMISIÓN de 15 de octubre de 2014 relativa a la ayuda estatal SA.35550 (13/C) (ex 13/NN) (ex 12/CP) ejecutada por España Régimen relativo a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras [notificada con el número C(2014) 7280] (El texto en lengua española es el único auténtico)

españolas y los terceros interesados. Aun así, consideró que la no inclusión de las adquisiciones indirectas no era debido a una decisión arbitraria de la comisión, sino por la lógica natural de esta disposición: Pues bien se requería, para que surja fondo de comercio, o que bien que la diferencia del precio pagado respecto al valor contable del patrimonio neto se debiera, al mayor valor de los activos conforme a la valoración de mercado, opción descartada debida a que sus activos eran las acciones de las filiales y se valoran a precio de adquisición, o bien que la diferencia se debiera a las expectativas de beneficio debido a la propia actividad económica de la empresa, descartada también al ser una sociedad holding. Al no haber fondo de comercio contable, tampoco lo podía haber financiero, y por ello, no era una decisión de desigualdad o discriminación.

e) Retroactividad de la medida

Si bien la comisión consideraba que podía haber efecto retroactivo en las adquisiciones indirectas respecto a la nueva interpretación administrativa, consideró que estos efectos jurídicos no eran relevantes en tanto para determinar el ámbito de aplicación de las dos decisiones en cuestión, las cuales eran el principal objeto de estudio. Es decir, no se trataba de decidir si tiene efectos retroactivos o no, sino de decidir en primer lugar si tenía efecto de cualquier tipo.

2.3.4 La compatibilidad de la ayuda con el mercado interior de la Unión Europea

Fue quizá el artículo 107, apartado 3, letra c) del TFUE, el que más dudas planteó a la comisión a la hora de decidir sobre la compatibilidad de la medida del 12 apartado 5, TRLIS respecto al funcionamiento del mercado interior. Sin embargo, lo que inclinó a la comisión a decidir a favor de la incompatibilidad, fue el hecho de que una deducción fiscal no era lo mismo que una inversión o un determinado proyecto y no estaba directamente relacionado con la creación de nuevo empleo. En definitiva, consideraron que el artículo 12, apartado 5, no era compatible con el mercado interior, ya que no tiene como principal función facilitar el desarrollo de alguna actividad económica o área geográfica.

2.3.5 Confianza legítima, seguridad jurídica, principio del estoppel y recuperación de la ayuda

Principio de estoppel

Por su parte, las autoridades españolas consideraban que, al haber realizado constante remisiones a las adquisiciones indirectas en la primera y segunda decisión, no podían posteriormente considerar este tipo de adquisiciones y su inclusión en el 12, 5 del TRLIS como incompatible con la UE. Sin embargo, la comisión consideró que el hecho de incluir las adquisiciones indirectas fue únicamente por parte de las autoridades españolas, nada tuvo que ver en ello la comisión, y por ello no creyó que actuase en contra de sus propios actos.

Seguridad jurídica

Desde la perspectiva de los terceros interesados, debido a las constantes referencias realizadas en la primera y segunda decisión a las adquisiciones indirectas, consideró que, siendo prudente y diligente, cualquier interesado podría haber pensado habría que este tipo de adquisiciones estaban incluidas bajo el paraguas del 12, apartado 5, del TRLIS.

La comisión por su parte estableció que era España y sus autoridades, las que por medio de la nueva interpretación administrativa pusieron en peligro la seguridad jurídica respecto del ámbito de la Unión Europea.

Recuperación de la ayuda

Debido a que, a tenor de la interpretación realizada por la comisión, había habido un grupo de beneficiarios que no deberían haber deducido fiscalmente la cantidad correspondiente a esta “ayuda”, los mismos debían devolver la cantidad con el fin de eliminar la ventaja económica de la que habían gozado. Por tanto, por medio de las autoridades españolas como se recuperaría esta cantidad.

Finalmente, la comisión desechó la posibilidad de que, habiendo cambiado la interpretación de un precepto las autoridades españolas, pudiesen las mismas protegerse posteriormente con la confianza legítima.

Decisión final, 15-10-2014

Las conclusiones a las que se llega en esta decisión se pueden resumir en: La nueva interpretación es incompatible con el mercado interior de la UE, y aquellos que se hayan beneficiado de esta interpretación, que es considerada ayuda ilegal, deberán devolver la cantidad de la que se beneficiaron.

2.4 Situación actual del conflicto, abril de 2020, y el impacto real de la problemática en las empresas con residencia en España que aplicaron el anterior criterio en sus respectivas adquisiciones

Joaquín Almunia, español y entonces en el cargo de vicepresidente de la comisión europea y debido a que el asunto afectaba a su estado, estuvo siempre atento al devenir de este conflicto. Justo antes de terminar su mandato, se publicó, la tercera decisión que hasta ahora hemos analizado.

Mas tarde ese mismo año, multinacionales como World Duty Free Group o el Banco solicitaron al Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), órgano de rango inferior al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que anulara tanto la primera como la segunda Decisión respecto de este asunto.

En noviembre de 2014, el TGUE estableció la anulación de las Decisiones de la Comisión. Desde su punto de vista, la medida se dirigía a una categoría de operaciones económicas, en lugar de a un grupo de empresas por sus características. Ante esta decisión del TGUE, la Comisión procedió a recurrir la sentencia ante el TJUE.

El TJUE, anuló la sentencia del Tribunal General de la UE al entender que el citado artículo 12, apartado 5 del TRLIS, beneficiaba únicamente a un determinado tipo de agentes económicos que realizaban operaciones en el extranjero. Desde su punto de vista suponía una diferencia de trato respecto a otros agentes con los que competían en un mismo mercado.

Una vez el TGUE confirmó la interpretación dada el TJUE, se dio por finalizada esta disputa y se entendió que se debían llevar a cabo por el estado miembro, en este caso España, las conclusiones de la tercera decisión de la comisión, y de esta manera, recuperar todas las ayudas ilegales e incompatibles con el mercado interior de las que habían gozado ciertas empresas españolas respecto al fondo de comercio financiero y su amortización fiscal.

Esta última decisión del TGUE, fue tomada el 15 de noviembre de 2018, respecto de estos asuntos T-399/11 RENV y T-219/10 RENV. Desde entonces, y teniendo en cuenta que han pasado 1 y 4 meses, no ha vuelto a ver nuevas actuaciones a este respecto por lo que se considera que la solución es definitiva.

Por otra parte, con el fin de conocer de qué cantidades hemos estado hablando anteriormente, y como afectan las mismas a las empresas, vamos a realizar un repaso de las principales operaciones que se realizaron en España usando el 12.5 del TRLIS con sociedades holding. A continuación, se muestran algunas de las operaciones que se conocieron durante este tiempo, en algunos casos por tratarse de compañías cotizadas, en otros por haber salido noticias tanto de que fue tercero interesado en el proceso anteriormente descrito o porque simplemente hubo noticias en los medios de comunicación de estas.

2.4.1 La absorción de Scottish Power por parte de Iberdrola, por un total de 17.200 millones de euros

Iberdrola, S. A., es una empresa española cuya sede se encuentra localizada en Bilbao, en el País Vasco, España. Este grupo empresarial se dedica principalmente a la producción, distribución y comercialización de energía. Está presidido actualmente por José Ignacio Sánchez Galán. La absorción de Scottish Power, empresa escocesa dedicada igualmente al sector de la energía, fue llevada a cabo en 2007, momento en el que se aplicó el 12.5 del TRLIS de manera incorrecta según la Comisión Europea, así como los tribunales tanto de justicia como general de la UE. La operación, ascendió a 17.200 millones de euros. En 2008, apenas un año después, se llevó a cabo la adquisición para posterior absorción de Energy East, empresa también dedicada al sector de la energía y de procedencia americana, por 6.091 millones de euros. La operación se elevó a dicha cantidad puesto que Iberdrola asumió la deuda con la que contaba en su balance Energy East, que ascendía a 2869 millones, por lo que, por el propio patrimonio neto de Energy East pagó 3.222 millones de euros.

De estas operaciones en las que participó Iberdrola, se fijó la cantidad que la empresa vasca se dedujo por bonificación en 576 millones de euros. Una vez se consideró que Iberdrola debía devolver la misma cantidad, se fijaron hasta 89 millones de euros de intereses de demora. Es decir, la decisión conllevaba 665 millones de euros para Iberdrola.

El gran tamaño de la operación hace que, pese a tratarse de porcentajes bajos (apenas el 5% de la veintava parte del fondo de comercio financiero), la cantidad final que se exige es muy elevada y por ello el asunto ha causado un gran revuelo.

En 2018, el entonces Ministro de Hacienda, Cristóbal Montoro, decidió reclamarle cantidad anteriormente citada a Iberdrola. Sin embargo, la empresa del sector energético mantuvo la confianza de que recuperaría los 665 millones de euros pagados. La pregunta es: ¿Por qué tenía tanta confianza en que reintegrará la cantidad?

La situación era la siguiente: Iberdrola interpuso un recurso contra el fallo del TJUE debido a que su caso se trataba de una situación peculiar. Si bien a Iberdrola le perjudicaron tanto la primera como la segunda decisión, la empresa vasca consideraba que la Justicia europea no podía aceptar que la Comisión cambiara su criterio en la Tercera Decisión y última decisión. Más aun cuando conocía de ante mano las condiciones en las que se iban a llevar a cabo las adquisiciones con la empresa escocesa, que, si bien es cierto que era un holding, las filiales de esta eran operativas. A esto se debe añadir, que la comisaría de Competencia realizó un examen previo y en el que le otorgó su aprobación, y en base a lo comunicado por dicha comisaría se llevó a cabo la operación.

En definitiva, desde el punto de vista de Iberdrola la adquisición de Scottish Power, a partir de la cual realizó la deducción fiscal que reclama, estaba totalmente completamente coordinada con Bruselas. En todo caso, si se incumpliera lo pactado, bajo la perspectiva de Iberdrola, la Comisión Europa estaría violando, como así ha hecho, el principio del estoppel, que anteriormente hemos desarrollado, y que recordamos que establece que la Comisión de la UE no podría en ningún ir en contra de sus propios actos o medidas, pues en sus dos primeras decisiones habría otorgado unas garantías las cuales no podría rechazar posteriormente.

En cualquier caso, Iberdrola tiene capacidad económica suficiente para afrontar esta cuestión, e incluso aunque finalmente no se le devolvieran los citados 650 millones, tendría suficiente capacidad para seguir funcionando correctamente.

2.4.2 La adquisición de la británica O2 por parte de Telefónica en 2006 por una cantidad de libras equivalente a 26.094 millones de euros

Telefónica S.A. es una empresa española que cotiza en el IBEX 35. Tiene presencia internacional, esencialmente en Europa e Hispanoamérica, dentro del sector de las telecomunicaciones. Su sede central se encuentra en Madrid, Comunidad de Madrid, España y es considerada por su volumen de negocio como la compañía de telecomunicaciones referente dentro de Europa y dentro de las cinco más importantes en todo el mundo. Pese a que telefónica engloba a todo el grupo, tiene tres principales

filiales: Movistar, destinado a redes móviles, internet y televisión tanto en España como en los países hispanohablantes de Sudamérica; O2, de cuya adquisición ahora desarrollaremos, que se utiliza en el resto de Europa; Vivo, usado únicamente en Brasil.

Como hemos mencionado anteriormente, Telefónica adquirió O2, la que por aquel entonces era la segunda compañía de telecomunicaciones más grande de Reino Unido y la sexta de Europa. La operación se llevó a cabo por 17.700 millones de libras, o lo que entonces era lo mismo 26.094 millones de euros. La operación se cerró en enero de 2006, y debemos tener en cuenta que en esas fechas aún no se habían realizado ninguna de las decisiones de la Comisión de la UE, por lo que las empresas españolas seguían aplicando con total libertad el artículo 12.5 TRLIS.

El impacto, que según se establece en las cuentas anuales de Telefónica de 2019, ha supuesto unas bonificaciones de 1.552 millones de euros para Telefónica a partir de la deducibilidad del fondo de comercio financiero que venimos comentando. Aparte de esta operación con O2, también se llevaron a cabo otras transacciones como: Bellsouth, Colombia Telecom y Vivo. Son todas estas las que han ido acumulando las ayudas fiscales de 1.552 millones de euros que anteriormente hemos mencionado.

El punto de vista de telefónica sobre la situación

Recuerda que la legislación fiscal del IS en España introdujo el artículo 12.5, que entró al inicio de 2002. En dicho artículo se regulaba la amortización fiscal del fondo de comercio financiero y como se podía llevar acabo su deducibilidad para aquellas empresas que lo habían generado tras realizar la compra de otras sociedades no residentes en su estado. Además, se establecía que se podría llevar acabo la amortización fiscal en un periodo de 20 años, a razón del cinco por ciento cada año.

Sin embargo, al entrar en vigor tanto la Ley 9/2011 de 19 de agosto de 2011 como la 16/2013 de 29 de octubre de 2013, se redujo en cuatro puntos porcentuales, es decir del cinco al uno por ciento, en 2011 por los siguientes cinco años, la cantidad que se podía amortizar del fondo de comercio financiero deducible del citado artículo 12.5 LIS. Bien es cierto que no era una medida definitiva sino para este periodo de transición de cinco años porque el 4% no amortizado entonces (20% en total) se recuperaría ampliando el periodo de deducción desde los 20 años iniciales hasta 25 años.

Además, según se publicó recientemente en el país, en relación con este incentivo fiscal, la Comisión Europea ha llegado a abrir hasta tres expedientes en los últimos años contra el Estado español al considerar que este beneficio fiscal podría llegar a constituir un tipo de Ayuda de Estado a su tejido empresarial. Si bien es cierto que la propia Comisión reconoció la validez del incentivo fiscal para aquellas inversiones en empresas de la UE previas al 21 de diciembre de 2007 en la primera decisión, así como las anteriores al 21 de mayo de 2011 en la segunda Decisión para inversiones en otros países, en el tercero de los expedientes, finalizado el 15 de octubre de 2014, se pone en duda la aplicabilidad del principio de confianza legítima en la aplicación del incentivo para las adquisiciones indirectas, independientemente de la fecha de adquisición de cada una.

Igualmente, Telefónica dejó reflejado en su informe que existían dudas en los tribunales españoles respecto de la calificación del incentivo como una deducción y su mantenimiento en el caso de una posterior transmisión. Desde el punto de vista de Telefónica, a la fecha de formulación de estas cuentas anuales de 2018, las tres decisiones continúan pendientes de una resolución definitiva. Bien es cierto que, aún de hoy, parece que el tema ha quedado definitivamente zanjado.

Las dos primeras decisiones fueron inicialmente anuladas por dos sentencias del Tribunal General de la Unión Europea, como hemos explicado anteriormente, y recurridas posteriormente en casación por la Comisión Europea ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y remitidas de nuevo al Tribunal General, en diciembre de 2016, que resolvió el 15 de noviembre de 2018, confirmando la aplicabilidad de la confianza legítima, declarando, no obstante, el fondo de comercio como una ayuda de estado incompatible con el mercado interior.

Esta última sentencia fue recurrida ante el Tribunal de Justicia, aunque no se esperaba realmente un cambio en la decisión final, como así ha sido. Durante 2019, Hacienda activó la recuperación de las supuestas ayudas ilegales, así denominadas por el TJUE. La Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Agencia Tributaria en ejecución de la obligación establecida en la Decisión de la Comisión Europea (UE) 2015/314, consiguieron recuperar en marzo de 2019 la amortización de fondos de comercio por la adquisición indirecta de participaciones en compañías no residentes de los años 2005 a 2015, y posteriormente, en noviembre del pasado año 2019, ha iniciado el procedimiento de recuperación de los años 2016 a 2018. Aún se desconoce si se ha recuperado el cien por cien de la cuantía esperada.

Cabe afirmar que, la efectiva recuperación de las ayudas no es definitiva, en tanto que está pendiente de los resultados definitivos de los recursos planteados contra las tres decisiones. El resultado de la liquidación, una vez compensados créditos fiscales pendientes de aplicar por el Grupo (bases imponibles negativas y deducciones) ha supuesto un pago de 1,4 millones de euros. Sin perjuicio de que compañías como la propia Telefónica entienden que le es de aplicación el principio de confianza legítima en relación con este incentivo fiscal, el grupo ha decidido seguir provisionando el importe amortizado fiscalmente en relación con el fondo de comercio por la compra de algunas sociedades, principalmente Vivo, por un total de 352 millones de euros a 31 de diciembre de 2019 (283 millones de euros a 31 de diciembre de 2018).¹⁰

2.4.3 La adquisición en 2004 de Abbey National Bank por parte del Banco Santander por 19.900 millones de euros.

Santander, es un banco español presidido por Ana Patricia Botín. Tanto por volumen de negocio, como por número de empleados y presencia es una de las mayores e importantes entidades financieras del mundo. Principalmente tiene presencia en Europa y América, tanto norte américa como Sudamérica.

Fundado en 1857, en Santander, Cantabria, España, aún hoy en día mantiene su sede social en esta provincia. Sin embargo, su sede operativa se encuentra en el municipio de Boadilla del Monte, Madrid.

Los balances de situación más recientes cifran los activos del Santander en 1.459.271 millones de euros, lo cual la sitúa como la entidad financiera líder en el mercado español. A su vez, en su página web oficial cifra su número de oficinas en 13.217, en 202.713 su número de empleados y en 144 millones su número de clientes. Respecto a su cotización se encuentra presente en la Bolsa de Madrid (SAN), en el IBEX 35, además del Dow Jones EURO STOXX 50.

Por otra parte, el Banco Abbey fue, hasta su adquisición por el Banco Santander en el año 2004, el sexto banco más grande del Reino Unido. Se caracterizaba, además, por su gran vis prestamista que llegó a alcanzar los más de 190 millones de euros prestados y que le llevó a colocarse como el segundo mayor de Europa, por volumen de transacciones, en

¹⁰ Pablo Monge (21-2-2020). Telefónica cifra en 1.552 millones las deducciones aplicadas por el fondo de comercio. Cinco días. El País Económico.

esta área. Por los datos mostrados por el Santander al realizar la operación, el banco Abbey contaba con 17.146 empleados distribuidos en un total de 712 oficinas.

En noviembre de 2004 se cerró la operación por la que el Banco Santander pagaba, en total, hasta 19.900 millones de euros por hacerse con Abbey National Bank. La operación se llevó a cabo parte con dinero en efectivo, y otra parte del pagó se realizó con acciones, para lo que el Banco Santander tuvo que realizar una ampliación de capital. De estas cantidades, Santander se dedujo en concepto de bonificación por la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS, 3.600 millones de euros.

A diferencia de los supuestos de Iberdrola y Telefónica, la prensa no hizo tanto eco del conflicto, por lo que no ha sido posible encontrar más información acerca del mismo.

2.4.4 Otros supuestos notables: Ferrovial y su adquisición de BBA y NH Hoteles y su adquisición de Krasnapolski.

Más allá de los tres grandes casos que hemos desarrollado, también se dieron más adquisiciones deducibilidad del fondo de comercio financiero estuvo abierto a un largo debate. Ejemplo de ello son: Ferrovial Adquirió BAA por un monto total de 14.000 millones de euros, y NH Hoteles adquirió al grupo hotelero holandés Krasnapolski. En total se estima que las deducciones del fondo de comercio financiero llevadas a cabo por empresas españolas asciendan 8.000 millones de euros respecto a aquellas empresas que se les ha exigido la devolución.

3. La posterior, y actualmente vigente, Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, y los nuevos problemas respecto a las fusiones y adquisiciones.

3.1 El derogado artículo 13.3 de la nueva Ley 27/2014 y la nueva interpretación de la DGT respecto al fondo de comercio del artículo 103.5 LIS.

Si bien, como hemos ido indicando a lo largo del apartado 2 de este trabajo, la nueva Ley 27/2014 buscaba evitar conflictos respecto del fondo de comercio financiero que ya habían surgido previamente al aplicar el TRLIS, esta ley no está exenta de nuevos conflictos. Como es lógico, a la hora de legislar, siempre pueden existir nuevos problemas que no estén regulados y que de pie a lagunas legales. En el presente trabajo, al tratar el Impuesto sobre Sociedades en Fusiones y Adquisiciones, es deber de nuevo analizar que problemas han surgido respecto de la nueva Ley 27/2014.

El fondo de comercio, ya definido anteriormente, también está presente en aquellas operaciones empresariales de entidades de reducida dimensión. El artículo 12.2 de esta nueva Ley, indica que el fondo de comercio será deducible con el límite anual máximo de la veintava parte de su importe.

Sin embargo, este artículo 12.2 tal y como lo conocemos actualmente, es fruto de la reforma que se realizó en la legislación mercantil, en concreto la Ley 22/2015 de Ley Auditoría de cuentas, que modificaba el artículo 39.4 del Código de Comercio, que hacía referencia a los activos intangibles. La modificación suponía que, los activos intangibles cuya vida útil no pudiera estimarse de manera fiable, amortizarían en un plazo máximo de 10 años, salvo que otra disposición legal o reglamentaria establezca un plazo diferente. Se presumía así, que la amortización del fondo de comercio debía llevarse a cabo en un plazo máximo de 10 años. El artículo 12.2 y el artículo 13.3 de la Ley 27/2014 por tanto, tuvieron que ser modificados. En el artículo 12.2 se eliminó la redacción original que establecía que el inmovilizado intangible con vida útil definida, se amortizaba atendiendo a la duración de esta vida útil. Por su parte, el artículo 13.3 fue derogado, lo cual supuso un problema por su conexión con el artículo 103.5 LIS, el cual hace referencia a los incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión.

El artículo 13.5¹¹, respecto de la amortización del inmovilizado intangible, establece que aquellos activos del intangibles que cumplan los requisitos del artículo 13.3 de esta misma ley, adquiridos en el período impositivo establecido en artículo 101 de esta Ley, podrán deducirse en un 150 por ciento en su amortización, del importe que resulte de aplicar dicho apartado.

Con la redacción original de la Ley 27/2014, el porcentaje de amortización del 150 por ciento aplicable a las entidades de reducida dimensión (se dice de reducida dimensión puesto que el citado artículo 101 establece que los incentivos fiscales serán de aplicación para la empresa siempre que su importe neto de la cifra de negocios habido en el período impositivo inmediato anterior fuese inferior a 10 millones de euros) solo resultaba de aplicación para aquellos intangibles cuya vida útil no estuviera definida, incluido el fondo de comercio, y no, como se indica posteriormente con la reforma, al inmovilizado intangible cuya vida útil ya está definida.

Tras la consulta realizada a la DGT, del 30 de octubre de 2019, consulta N.º 3057/2019, la interpretación, lo más sensata y lógica en la medida de lo posible, estableció que, una vez realizadas las alteraciones en el cuerpo legal de la Ley 27/2014 por la Ley 22/2015, dentro de los inmovilizados intangibles -calificados ahora mercantilmente como activos de vida útil definida-, aquellos cuya vida útil no pueda ser estimada de forma fiable, al igual que el fondo de comercio, podrán ser amortizados de forma anticipada hasta en un 150%, del importe que resulte deducible de aplicar para ellos lo establecido en el citado art. 12.2 Ley IS.

Consecuentemente, el importe del fondo de comercio determinado por el contribuyente deberá acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitido y válidos en Derecho y su valoración corresponderá, en su caso, a los órganos de la administración que tengan otorgada la competencia de comprobación.

Si bien es cierto que, con la Consulta, se realizó una nueva interpretación del precepto legal, esto no deja de evidenciar las continuas dificultades que presenta desarrollar una Ley sobre el impuesto sobre sociedades, que pese a solucionar o evitar problemas ocasionados por las redacciones de los predecesores textos legales, esto no evita que surjan nuevos conflictos que se deba recurrir a instituciones administrativas para atajar

¹¹ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

las nuevas controversias. La existencia de un impuesto sobre sociedades distinto en cada uno de los estados miembro de la Unión Europea conlleva que cada una de ellas deba contar con los medios oportunos para solucionar los problemas que puedan surgir respecto de cada ley en cada estado en concreto, con el respectivo coste para la administración, pagada por los ciudadanos, y con la inseguridad jurídica que supone mientras la decisión final se toma. Resulta desde luego más eficiente, tener una única tasa impositiva para todas las sociedades de la UE, y un único sistema administrativo para solucionar los conflictos que se den en el marco de este impuesto sobre sociedades.

3.2 Los incentivos fiscales para la adquisición de startups por medio de sociedades que se da en España y que sería muy positivo expandir al resto de Estados Miembro de la UE.

Las empresas en fase de arranque, más conocidas por su denominación anglosajona Startups, suponen una importante fuente de novedades para el mercado, en tanto que generalmente son pequeñas empresas que buscan entrometerse en tanto nuevos mercados, como en aquellos mercados en los que ya comercializan grandes empresas. Según estudios realizados por Harvard, hasta un 75% de las startups fracasan, y en gran medida se debe a la falta de capital de estas, para afrontar todos los pagos que deben realizar. Una opción más que interesante, y que se presenta en el ordenamiento jurídico español, es la inversión en startups por medio de sociedades. Es decir, aquellas empresas constituidas en forma societaria a las que, por su modelo de negocio, les interesase adquirir una empresa en arranque, se le aportarían los beneficios fiscales que se desarrollan ad infra. Por un lado, presenta ventajas en tanto que puede conllevar que en un menor número de startups se vean abocadas al fracaso, y, por otro lado, anima con las ventajas fiscales a las empresas a invertir en este tipo de empresas.

El Real Decreto Ley 3/2016 en relación con la Ley del Impuesto sobre Sociedades, prevé la exención en el impuesto sobre sociedades respecto de los dividendos, participación en beneficios o transmisión de su participación en otras entidades.

Para ello, se exige además cumplir una serie de requisitos que se desarrollan a continuación:

En primer lugar, se exige que el porcentaje de su participación, directa o indirecta, en el capital de la sociedad sea igual o superior al 5%. Quizá en muchos casos resulte necesario llevar a cabo una mayor inversión para dotarle a la propia empresa en arranque de un mayor capital. También es cierto que es obligatoria que solo una empresa participe en su accionariado.

También existe la opción de que las participaciones se hayan adquirido por un valor superior a 20 millones de euros. Bien es cierto que, al tratarse de startups, es un escenario que se entiende menos frecuente.

En segundo lugar, con la finalidad de darle continuidad en el tiempo a estas empresas que se encuentran en arranque, se exige que la participación haya sido mantenida por el inversor durante, al menos un año anterior al día en que se produzca el hecho imponible. De esta forma, aseguran que, durante un año, la startup recibirá el capital que le puede seguir ayudando a crecer.

Sino se hubiera alcanzado el año requerido, se establece que, en el supuesto de reparto de dividendos o participación en beneficios, se mantenga posteriormente durante el tiempo necesario hasta completar dicho plazo de un año.

Por tanto, cumpliendo estos requisitos recién desarrollados, el inversor estará exento en el impuesto sobre sociedades cuando reciba dividendos, participe en las ganancias de la sociedad invertida o transmita sus participaciones a un tercero.

Además, en el supuesto de que la sociedad invertida o participada reciba más del 70% de sus ingresos, a su vez, por dividendos o venta de participaciones de otras sociedades en las que participe, la norma exige, para que el inversor contribuyente pueda beneficiarse de la citada exención, que cumpla asimismo los requisitos anteriormente indicados.

Según afirma Ivana Haro¹², España fue el quinto país de Europa que más invirtió en Startups durante 2019. Si bien es cierto que España ha conseguido recaudar más de 4.000 millones de dólares para este tipo de empresas, en gran medida gracias a las facilidades ofrecidas por la Ley actual del Impuesto de Sociedades, considero que podría ser muy positivo trasladar estas facilidades a una nueva norma de rango comunitario, que afectase a todos los estados miembro de la UE, con el fin de hacer un impuesto de sociedades

¹² Haro. I (2019). España es el quinto país de Europa que más invierte en startups maduras. Revista digital: Autónomos y Emprendedores.

común que siguiera cumpliendo con estas características y que sin duda ayudaría a más estados a mejorar su tejido empresarial.

Si bien es cierto que existen otros estados por delante de España en la clasificación, como Alemania, Francia y Reino Unido, esto no se debe a que su legislación sea más beneficiosa respecto a las startups, sino porque una mayor parte respecto a España, de sus PGE (Presupuestos Generales del Estado) va destinado a este tipo de empresas, mientras que en España se confía principalmente en la inversión privada.

4. Solución a los supuestos conflictivos a través del borrador de la nueva Directiva en la que trabaja la Comisión Europea con el fin de crear una base común del Impuesto de Sociedades para todos los países que integran la UE

Una vez hemos analizado en profundidad: En primer lugar, el conflicto entre la comisión y las autoridades españolas junto con los terceros interesados, al amparo de una deducción fiscal tras una adquisición a nivel de la UE; En segundo lugar, como afecto esto a las grandes empresas españolas y su situación actual; En tercer lugar, los problemas que siguen existiendo en el ordenamiento jurídico español respecto de la Ley 27/2014 y, en cuarto lugar, las ventajas que presenta esta ley respecto a la inversión en startups y cuyas ventajas podrían ser trasladadas a una ley comunitaria, procedemos a analizar lo que se concibe como la solución quasi-definitiva a este tipo de conflictos, no solo respecto a la deducción fiscal del fondo de comercio financiero, sino a todos aquellos que pudieran surgir en el seno del impuesto sobre sociedades en fusiones y adquisiciones a nivel de la UE. Hemos de recalcar el “quasi”, puesto que como es lógico, al encontrarnos en una sociedad en constante cambio, siempre existirán conflictos que deban ser resueltos. Sin embargo, se persigue alcanzar un modelo más eficiente posible que unifique los distintos tipos de IS que existen en todos los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados de la UE. Pese a que nuestro siguiente objeto de estudio es una propuesta, la cual puede ser objeto de modificaciones, la analizaremos teniendo en cuenta que nos encontramos en abril de 2020 y puede variar el texto en cuestión en un futuro. Por último, analizaremos los motivos que hacen que aún no haya entrado en vigor.

4.1 Contexto de la propuesta

4.1.1 Razones y objetivos de la propuesta

Se trata de una propuesta de Directiva que tiene como finalidad establecer una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS). La propuesta, aún pendiente de aprobación ante el Consejo, pretende establecer un conjunto único y centralizado de normas referentes al impuesto sobre sociedades (IS en adelante), de forma que permita a las sociedades presentes en varios estados miembro, ejercer su labor fiscal de manera unificada, es decir, permitiría a las empresas considerar la UE un mercado único a efectos del impuesto sobre sociedades, de esta manera, haría más sencilla su

actividad transfronteriza. Igualmente, sería un aliciente de cara a fomentar la inversión en empresas extranjeras, el comercio comunitario y la internacionalización de las empresas tanto españolas como del resto de estados miembro.

Debido a que el derecho no puede vivir de espaldas a la sociedad, y la sociedad está en continua transformación, el IS debe adaptarse a la situación actual de la UE, y de globalización desde un punto de vista empresarial. Actualmente el IS, por lo general, es objeto de gravamen a escala nacional, mientras que el entorno económico es cada vez más internacional y globalizado.

Una de las principales problemáticas que se plantea respecto del IS y su actual concepción, es la planificación fiscal agresiva, que consiste en aprovechar las discordancias o disparidades entre dos o más sistemas fiscales con la finalidad de minimizar la cantidad de deuda a pagar. El problema surge debido a la elaboración de normas de ámbito nacional que no tienen en cuenta la dimensión transfronteriza de las actividades empresariales. El principal riesgo, desde el punto de vista de las autoridades nacionales, es de la doble no imposición, ya que las mismas, muestran una versión de las bases imponibles que no se ajustan a la realidad. Esta problemática no se puede solucionar de forma unilateral, debido a que las asimetrías es lo que beneficia a las empresas con esta conducta agresiva, es por ello por lo que debe ser una directiva de la UE, uniforme para todos los estados miembro.

En este contexto, la BICCIS pretende facilitar la asignación de ingresos al lugar donde se genera el valor. Para ello, utiliza una fórmula compuesta de tres factores: activos, mano de obra y ventas. Teniendo en cuenta que estos factores tienen una relación directa con el lugar donde la sociedad obtiene sus beneficios antes de impuestos, su capacidad de adaptación frente a las prácticas agresivas en materia fiscal es mayor que la de otros métodos de atribución de beneficios más generalizados, basados en los precios de transferencia.

Desde el punto de vista de las empresas, más allá de aquellas con planificaciones fiscales agresivas, resulta muy complejo, según la situación actual, respetar veintiocho sistemas fiscales distintos, con sus respectivos impuestos sobre sociedades. Siendo su objetivo principal el de ejercer su determinada actividad empresarial, este proceso distrae más que facilita, dicha finalidad.

Progresos hacia la consecución de una BICCIS

Cabe resaltar que, respecto a la anterior propuesta de 2011, en la presente ¹³ se desarrollan novedosamente dos asuntos: El primero, referente a la deducción por inversión en I+D (Investigación y Desarrollo), y el segundo, un conjunto de normas con el fin de romper la concepción o sesgo a favor del endeudamiento de las empresas europeas a las que se dirige la propuesta. Respecto del tan debatido asunto de la consolidación, se espera sea consolidado una segunda etapa, poniendo como requisito necesario, que se alcance previamente un acuerdo sobre los elementos de la base común.

4.1.2 Coherencia con las disposiciones vigentes en el ámbito de actuación considerado

El objetivo principal, es el de establecer un sistema, mediante el cual, el impuesto sobre sociedades sea gravado en la jurisdicción fiscal donde se lleva a cabo la creación de valor. La BICCIS, tiene como finalidad, ser el instrumento a través del cual se alcanza este objetivo. Más allá de ello, la propuesta de BICCIS incluiría normas para alcanzar las metas que viene persiguiendo la OCDE en referencia a la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Si bien es cierto que estos elementos se incorporaron a la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, las normas de dicha directiva son consideradas normas mínimas y alejadas del nuevo contexto que desea incorporar la presente propuesta. Por la alta ambición de la directiva en referencia a sus propósitos, es considerado uno de los proyectos más destacados de la Comisión de entre los previstos en el ámbito de una fiscalidad más justa.

Cabe añadir que, pese a que preveía hacer pública esta directiva, en fechas similares a la directiva sobre asimetrías híbridas -son aquellas que se producen por diferencias en la calificación fiscal en dos jurisdicciones de un pago o de una entidad- esto no fue así finalmente ya que la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países, a través de la apertura de una consulta pública previa, fue publicada el 29 de mayo de 2017, y no así la BICCIS.

En el caso de España, la directiva no se ha traspuesto debido a que para ello es necesario modificar el Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades, y la inestabilidad política de los últimos tiempos no ha permitido que se lleva a cabo esta acción. Simplemente, se

¹³ 2016/0337 (CNS) Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades

produjo en marzo del pasado 2019, la apertura de la consulta pública previa. El TRLIS lleva sin ser modificado desde marzo de 2004, una muestra más de la necesidad de llevar a cabo la directiva sobre la base imponible común consolidada y su consecuente trasposición.

4.2. Base Jurídica, Subsidiariedad y Proporcionalidad

4.2.1 Base jurídica

Partiendo del artículo 115 del TFUE¹⁴, hay que tener esencialmente en el punto de mira la planificación fiscal agresiva, el citado artículo pretende acabar con todas aquellas trabas al buen funcionamiento del mercado interior de la UE. Asimismo, establecer un único impuesto sobre sociedades, supone una agilización de los trámites fiscales para las empresas, que a su vez les permite centrarse en la actividad económica, por lo que doblemente favorece el mercado interior.

4.2.2 Subsidiariedad (en el caso de competencia no exclusiva)

Debido a que es una situación que afecta a empresas y autoridades de los distintos estados miembro, la única forma de resolver los conflictos que surgen de esta situación es por medio de una solución común por parte de las autoridades de la Unión Europea. Partiendo de esta idea de solución común, el hecho de existir un único IS en toda la UE conllevaría un entorno fiscal más coherente y justo en el que ejercer actividades económicas. Por ello, es prácticamente indiscutible que la mejor vía para llevar a cabo esta solución común pasa por emprender acciones a escala de la Unión en vez de hacerlo de forma descoordinada a nivel de cada Estado miembro. Si en lugar de ello se buscasen veintiocho soluciones individuales, no se avanzaría en la cuestión.

Además, debido a que en la UE existe un elevado grado de integración y actividad transfronteriza, tiene una mayor relevancia alcanzar una solución de forma coordinada.

En el supuesto de que no se pudiera alcanzar una solución a nivel comunitario, no se debe descartar la alternativa de los acuerdos bilaterales entre los estados de la UE. De esta forma, aunque no se erradicase el problema, se reduciría a medida que los estados llegasen a sus respectivos acuerdos.

¹⁴ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por último, en referencia a esta subsidiariedad, existen acciones intragrupo que requieren irrefutablemente ser abordadas en un contexto reglamentario común de la UE: Las reestructuraciones internas o la eliminación de los precios de transferencia entre empresas del mismo grupo.

4.2.3 Proporcionalidad

Las medidas están destinadas únicamente a armonizar la base imponible del IS, lo cual es una condición necesaria para la reducción de todos aquellos elementos que interrumpen el buen funcionamiento del mercado interior.

Por lo que respecta a la soberanía de los estados, y a sus objetivos de recaudación con el fin de configurar sus presupuestos generales, la BICCIS no limita la facultad de los Estados de establecer sus propios tipos del IS. Pese a que la intención es la de crear un único impuesto para todos, resultaría muy complejo erradicar este problema mediante la aplicación exclusiva de un único impuesto sobre sociedades desde el principio, para todas las empresas con sede en estados miembro de la UE. Es por ello, que se acepta el hecho de que los estados miembros mantengan su facultad respecto al IS, no solo por la lentitud característica de estos procesos, sino también por la necesidad de habilitar una opción a nivel local, que pueda dar soluciones a cuestiones específicas que se den a dicho nivel.

La idea inicial parte de que la nueva BICCIS sea obligatoria únicamente para los grupos de sociedades que superen un determinado tamaño respecto a número de empleados e importe de sus transacciones. La razón detrás de este planteamiento reside en que son principalmente aquellas sociedades o grupos de sociedades, que cuentan anualmente con más beneficios antes de impuestos los que llevan a cabo estas estrategias de planificación fiscal agresiva.

4.2.4 Elección del instrumento

Parece evidente que, si lo que se persigue eliminar, es una práctica que beneficia a las empresas y es posible que, a algunos estados, no se puede conseguir el objetivo con normas no vinculantes, pues los sujetos no tendrán ninguna motivación para cambiar su actitud, y podría a su vez crear un escenario fragmentado entre aquellos que la aplicasen y los que no lo hiciesen, lo que conllevaría inseguridad jurídica y descoordinación en la UE.

Siguiendo con lo establecido previamente en el artículo 115 del TFUE, es necesario adoptar mediante directivas, todos aquellos aspectos que puedan llegar a distorsionar el correcto funcionamiento del mercado interior. La fiscalidad directa, por su incidencia en el mercado, es uno de esos aspectos que requieren que su legislación sea en forma de directiva.

4.3 Resultados de las consultas con las partes interesadas y las evaluaciones de impacto

4.3.1 Consultas con las partes interesadas

Se realizó una consulta pública, en la que participaron 175 sujetos, dentro de los cuales destacó la alta participación de pequeñas y medianas empresas, así como ONGs, para sorpresa de la Comisión, que esperaba que la propuesta estuviera orientada a empresas de mayor envergadura.

No existió unanimidad entre los encuestados a la hora de decidir si la BICCIS era la solución idónea para solventar la planificación fiscal agresiva y los altos niveles de burocracia. Pese a ello, de forma general se aceptaba la propuesta. Cabe resaltar, la preocupación que tenían las grandes empresas respecto de crear un nuevo sistema en el que hubiera una ralentización de los trámites administrativos, así como un coste añadido por los mismos. A continuación, se muestran los resultados de los tres estudios sobre la evolución de impacto.

Los estudios en cuestión son tres: En primer lugar, el Modelo CORTAX, cuya función consiste en desvelar si se puede alcanzar equilibrio general con la presente propuesta, y para ello se basa en información local de cada uno de los estados miembros de la Unión. En segundo lugar, el Centro de Investigación Económica ZEW, realizó dos estudios: El primero respecto al sesgo en favor del endeudamiento, y sobre si se puede sustituir por un mayor sesgo en favor de la inversión. El segundo respecto al impacto de la planificación fiscal sobre los tipos impositivos efectivos.

4.3.2 Evaluación de impacto

Lo primero que hay que preguntarse, por estricto orden cronológico de los hechos es: ¿Qué impacto tiene la primera fase, en la que hay una base común, que no está consolidada, y que la deben aplicar las grandes empresas?

Pese a que la pregunta se formula con grandes empresas, primero se valoró la opción de aplicar la BICIS (excluyendo la “c” de consolidada) a todas las empresas. Sin embargo, se consideró que la opción que podría alcanzar mayor éxito fue la de aplicar la base imponible en cuestión a las grandes empresas únicamente, junto con, siguiendo lo indicado en la propuesta¹⁵, dos bonificaciones: Una en concepto de crecimiento e inversión y otra por gastos referentes a Investigación y Desarrollo. Mediante la primera de estas bonificaciones, se conceden deducciones en relación con los costes de financiación mediante deuda y capital dentro de ciertos límites a fin de evitar el fraude y la planificación fiscal. Por otro lado, la segunda de estas bonificaciones tiene como principal propósito el de mantener, como mínimo, los actuales incentivos fiscales en este ámbito. La BICIS ofrece ventajas evidentes, que pueden ser comprobables por medio del análisis realizado por esta, frente a la alternativa que supondría no adoptar medida alguna.

De esta forma, mediante las alternativas elegidas, se espera alcanzar una mayor equidad en los sistemas fiscales de los estados miembros. Consecuentemente, se buscaría la concienciación del resto de agentes económicos, al observar que las empresas de mayor envergadura aportan al sistema fiscal la proporción que les corresponde. Una vez se hubiera hecho este primer paso, si bien es cierto que quedaría una etapa de gran importancia como es la consolidación, se habría conseguido unificar el criterio y eliminar las fronteras, desde un punto de vista fiscal, dentro de la UE.

En referencia al sesgo en favor del endeudamiento, en muchos casos las empresas deciden financiarse mediante recursos ajenos, generalmente por dos motivos: Primero, porque en caso de que se diese una situación complicada para la empresa, los primeros en cobrar son los acreedores ajenos, por lo que, estos asumen menos riesgos que los que forman parte del capital social de la empresa, y ese menor riesgo se traduce en un menor tipo de interés. Segundo, porque los intereses, contablemente hablando, se restan antes de llegar al impuesto sobre sociedades, con lo cual, al restar tienes una menor base imponible y pagas una menor cantidad de impuestos.

¹⁵ 2016/0337 (CNS) Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades

Este sesgo lo pretende reducir la UE mediante la bonificación en concepto de crecimiento e inversión, que sitúa la financiación mediante capital y la financiación mediante deuda en pie de igualdad.

La inversión, tendría un impacto directo en el empleo, y consecuentemente, en la economía global, cuyo crecimiento la comisión estima que podría llegar al 1,2% con las medidas de la propuesta.

En relación con la primera parte del presente trabajo de fin de grado, en la que observábamos la complejidad de las empresas españolas a la hora internacionalizarse, en tanto que hubo un largo debate respecto a la amortización de fondo de comercio financiero en el caso de las adquisiciones indirectas dentro de la Unión Europea. Esta propuesta viene a aportar mayores facilidades en cuanto a la internacionalización de las empresas en tanto que, los costes de creación de una filial, con esta nueva medida, según los estudios de la Comisión, se reducirían hasta un 67% en lo que respecta al tiempo empleado en la creación, y un 8% en lo que respecta a los costes directos asociados con la tributación.

Adecuación regulatoria y simplificación

Debemos empezar este apartado con los costes de cumplimiento, es decir, todo aquello que se debe pagar para cumplir con el sistema tributario. Para no actuar en contra de la legislación tributaria, los costos de cumplimiento tributario con los que debe cumplir el contribuyente son todos aquellos profesionales a los que se les debe pagar por sus servicios de gestión de los tributos, el uso de materiales, todo tipo de recurso informático o tecnológico, así como el tiempo empleado en obtener la información necesaria y todos los posibles elementos que puedan llegar a ser necesario para el cumplir con las obligaciones tributarias. La BICCIS pretende reducirlos al máximo. Suelen ser entorno al 2% del coste global tributario en el que incurren las grandes empresas, por lo que no se trata de cantidades despreciables. Además, en empresas de menor envergadura presentan una mayor proporción, en tanto que suele establecer en torno al 30% de los costes totales tributarios. Más aún si cabe si entramos en aquellas empresas que deciden expandirse a otros estados, ya sea mediante filiales o adquisiciones. Sin embargo, es un arma de doble filo pues a medida que aumentan los costes de cumplimiento por la internacionalización, aumentan las probabilidades de llevar a cabo una planificación fiscal agresiva. En todo caso, la BICCIS pretende reducir al máximo una, y acabar con la otra.

Como hemos mencionado anteriormente, no se trata únicamente de los costes directos en los que se refiere a los costes de cumplimiento, también implica el tiempo que se debe emplear para orientarse acerca de cómo llevar a cabo los cumplimientos tributarios, y que consecuentemente conlleva una pérdida de tiempo para realizar la actividad económica propia de la empresa. Es pues esta, otra de las ventajas que ofrece la BICCIS. En términos prácticos, siguiendo lo establecido en la propuesta de directiva¹⁶, se considera que en el caso de que el 5 % de las medianas empresas se expandieran en el exterior, se podría esperar un ahorro de costes único de alrededor de 1000 millones de euros, según los cálculos realizados. Si todas las entidades multinacionales aplicaran la BICCIS, los costes de cumplimiento ordinarios podrían disminuir en la cantidad aproximada de 800 millones de euros.

Moviéndonos hacía el otro punto de vista, la administración tributaria obtendría una simplificación de su trabajo con la nueva BICCIS. Ejemplo de ello, es que, en todos aquellos grupos de empresas, que por su tamaño les sea obligatorio llevar a cabo el nuevo sistema, pese a tener oficinas por toda Europa, se llevará acabo su tributación respecto del impuesto sobre sociedades, exclusivamente en el estado miembro en el que se encuentre registrado el domicilio social del grupo empresarial.

Por último, en referencia que proporción del mercado abarca la BICCIS, si solo se aplica de forma obligatoria a las empresas con un volumen de negocio superior a setecientos cincuenta millones de euros, nos encontramos con el 64% de los grupos que operan en más de un estado miembro. Más allá de ello, para todas aquellas empresas que, por su volumen de negocio, no les fuese exigible la nueva BICCIS, y sin embargo deciden acatarlo por su propio interés, en ese caso también se les ofrece beneficiarse de todas aquellas ventajas que ofrece la propuesta en términos fiscales.

4.3.3 Otros elementos

Una vez se aprobase esta propuesta de directiva, sería de una gran importancia hacer un seguimiento de esta, se establece en la propia propuesta un periodo de cinco años para ello, además de la obligación de informar a la Comisión de como traspone cada estado miembro dicha directiva.

¹⁶ 2016/0337 (CNS) Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades.

En segundo lugar, como anteriormente mencionábamos, se trata esta propuesta de una primera fase, en la que aún no se solicita que las empresas lleven a cabo una base imponible común consolidada, sino que simplemente deberán utilizar una base común, y será posteriormente, cuando se haya realizado la base común, cuando se introducirá una segunda fase con la base imponible consolidada.

4.4 ¿Por qué aún no han conseguido ponerse de acuerdo para la entrada en vigor de la directiva?

Desde luego, si aún no se ha alcanzado un acuerdo en este asunto, ello no se debe a que no haya sido discutido y analizado en el seno de la Unión Europea. Uno de los candidatos a presidir la Comisión Europea, Frans Timmermans, el político neerlandés, de ideología socialdemócrata y actual vicepresidente primero de la Comisión Europea y comisario europeo de la Mejora de la Legislación, Relaciones Interinstitucionales, Estado de Derecho, ha propuesto poner un impuesto que gire en torno al 18% del beneficio de las sociedades, para así alcanzar un acuerdo. Sin embargo, esta tendencia ya se inició desde finales del pasado siglo, cuando hace algo más de 20 años, el impuesto de sociedades medio en los estados miembro de la Unión Europea era del 35 por cien, y actualmente se encuentra en torno al 21 por cien. El problema no se solucionaría con la bajada propuesta por el neerlandés, puesto que los estados siempre seguirán queriendo bajar aún más.

El motivo detrás de esto es que es una de las grandes bazas de todos los estados para atraer a las sociedades de todo el mundo a su estado, y de esta forma generar más tejido empresarial, más negocios y más riqueza en general. Con un impuesto común perderían muchos estados su ventaja competitiva. A ningún estado se le escapa que su propio impuesto sobre sociedades es un factor determinante a la hora de decidir donde ubican las empresas sus negocios y sus inversiones, tanto directas como indirectas. Desde la Comisión, en aras de solucionar el problema, se encuentran constantemente en búsqueda de nuevas alternativas. Cabe resaltar que, el plan más lógico, y siguiendo lo desarrollado en el estudio de la propuesta de Directiva, pasa por fijar un mínimo de tributación y crear un entorno empresarial estable para la implantación de nuevas compañías, poniendo coto a la doble imposición y las distorsiones. Además, resulta clave decidir donde debe tributar cada empresa en función del modelo de negocio y la naturaleza de esta.

Si bien es cierto que, con esta nueva propuesta de 2016 se conseguía retomar el asunto que fue abandonado en 2011 por los recelos de algunos estados miembro, la realidad es que cuatro años más tarde parece que volvemos a estar en el mismo punto que en 2011. Pese a que, como hemos desarrollado, la idea de la Directiva pasa por que sea únicamente aplicable a aquellas sociedades con un volumen de negocio superior a 750 millones de euros, parece que ni aún así se consigue alcanzar un acuerdo.

Uno de los grandes avances para alcanzar un acuerdo, fue la decisión acerca de introducir altas deducciones en Investigación y desarrollo (I+D), de forma que se dedujera hasta un 50% en este aspecto y otro 25% si el I+D sobrepasaba los 20 millones de euros. Sin embargo, aún no ha sido suficiente y se siguen buscando nuevas fórmulas. Si bien en 2018 se pretendía haber alcanzado dicho acuerdo para 2020, dicho año ya ha llegado y no ha habido una voluntad política común para atajar el asunto.¹⁷

¿Qué estados realmente son los que más se oponen?

Si bien es cierto que la mayor parte de los estados miembros que se benefician del actual sistema, como son Irlanda, Luxemburgo o Países Bajos, usan como argumento que es realmente complicado competir empresarialmente con terceros estados como Estados Unidos, los cuales tienen tipos fiscales mucho más bajos y hace que ganen mayor cuota de clientes en los mercados, esto realmente no es cierto. El país norteamericano tiene un tipo medio similar del 21 %, el cual es incluso más alto que el que promueven actualmente en la Comisión. Como realmente, los estados más sospechosos no encuentran nuevos argumentos a los que aferrarse, intentan convertir este conflicto de intereses en un problema global. Argumentan que su Impuesto sobre Sociedades no subirá hasta los mínimos exigidos sino se hace en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Según un estudio reciente del Parlamento Europeo además de los ya mencionados Irlanda, Países Bajos y Luxemburgo, hay además otros dos miembros que son considerados paraísos fiscales para las multinacionales: Chipre y Malta. Su ordenamiento jurídico ha normalizado prácticas fiscales perjudiciales para sus vecinos, al igual que han implantado medidas que facilitan la planificación agresiva y la distorsión de los flujos

¹⁷ Rodríguez, M. (2019). La batalla por un impuesto mínimo de sociedades se estanca. La Eurocámara denuncia la falta de voluntad política del Consejo por atajar la desigualdad fiscal entre estados miembro y armonizar este tributo. La Voz de Galicia.

económicos. Las cifras son tan escandalosas que la Eurocámara exigió a Bruselas la inclusión de estos cinco países en la lista oficial de paraísos fiscales hasta que reformen sus sistemas fiscales.

Además, otros estados del este como Hungría o Letonia también están abriendo nuevas oportunidades a las empresas tecnológicas, que pueden encontrar un mercado laboral igual de atractivo al español en esos países al tiempo que alivian sus cuentas con las haciendas nacionales.

Desde el gobierno de España, su opinión es que el coste que supone para nuestras arcas la evasión fiscal conlleva unas pérdidas que podrían ser destinadas a protección social, educación y sanidad. Se calcula que el impacto negativo en Europa por estas prácticas se encuentra los 50 y los 190 mil millones de euros.

Aunque de primeras, los impuestos sobre sociedades en Estados como Irlanda o Luxemburgo puede no resultar tan bajo, pues son un 18 y un 12.5 por cien respectivamente, sus sistemas fiscales permiten trampas que acaban rebajando al mismo hasta a veces el 1%.

La Eurocámara insiste en la necesidad de gravar los beneficios que se generan en un Estado miembro antes de que abandonen la UE en busca de jurisdicciones más amables con la fiscalidad. ¿Cómo? «Coordinando la retención de impuestos sobre intereses y royalties a fin de colmar las lagunas existentes y evitar que las ganancias se marchen de la UE sin haber sido fiscalizadas», sugiere la institución.

Por último, respecto a España, en el año 2017 se recaudaron hasta 27.100 millones de euros a través del impuesto de sociedades, es decir hasta un 2,3 % del Producto Interior Bruto de nuestro Estado. Sin embargo, esto supuso un 1,6 % menos que en el 2005. Dentro de la UE nos situamos como el décimo octavo de en la lista de la UE, de un total de 28 miembros. Los principales motivos por los que esta cifra decreció señalan a grandes empresas como Facebook, que pese a tener sede en España, su impuesto sobre sociedades no llegó a los 200 mil euros., ya que la mayor parte de los beneficios se trasladan a su sede en Irlanda.

5. Valoración personal y conclusiones

Teniendo en cuenta que el objetivo de este trabajo era el de analizar problemas respecto al IS en la UE y buscar posibles soluciones a este conflicto, los objetivos se han alcanzado. Si bien es cierto que el problema estudiado a través de la Decisión 2015/314 está solucionado actualmente, y que la vigente Ley 27/2014 ha derogado los artículos conflictivos más conflictivos del TRLIS, a partir de esta Decisión se puede ver un ejemplo de los problemas que se dan en el marco de la Unión Europea por no tener un IS común para todos los Estados miembro.

Desde la perspectiva de la vigente Ley del IS, considero se ha producido un gran avance a la hora de solucionar los problemas que puedan surgir respecto del Impuesto sobre Sociedades, especialmente por haber simplificado en gran medida la amortización fiscal del fondo de comercio financiero, pero creo que aún hay que seguir avanzando. Problemas como el de la Decisión 2015/314 no se deberían repetir, pues suponen un gran impacto económico y un lastre para el tejido productivo de las empresas de la Unión.

Considero que el IS común para todos los estados miembro de la Unión Europea simplificaría en gran medida este impuesto y reduciría los desajustes que se producen actualmente por tener hasta veintiocho tributos distintos dentro de la UE. Se debe apostar por una mayor conexión entre los distintos Estados, y el IS común sería una media que favorecería este fin.

En relación con la propuesta de Directiva y su conexión con la Ley 27/2014, creo que sería muy positivo incluir el sistema español de ayudas a Startups en la propuesta de IS común, pues desde mi punto de vista favorecería en gran medida la creación de nuevas empresas en Europa, que ayudarían a aumentar el tejido productivo de la Unión. Además, el impuesto común ayudaría a paliar todas aquellas situaciones en las que las sociedades deciden tributar en estados con un menor tipo, que suponen un lastre para la competencia de las empresas dentro de la UE y favorece las desigualdades.

Por último, desde mi punto de vista, creo que, como miembros de la Unión Europea, todos los estados deben favorecer en la medida de lo posible, el buen funcionamiento de la UE, en lugar de velar por sus propios intereses. Considero que la unión hace la fuerza y de cara a establecer un terreno competitivo para las empresas, la primera medida sería evitar desigualdades entre estados.

Bibliografía:

1. Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
2. Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
3. Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
4. DECISIÓN (UE) 2015/314 DE LA COMISIÓN de 15 de octubre de 2014 relativa a la ayuda estatal SA.35550 (13/C) (ex 13/NN) (ex 12/CP) ejecutada por España Régimen relativo a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras [notificada con el número C(2014) 7280] (El texto en lengua española es el único auténtico)
5. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
6. 2016/0337 (CNS) Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades
7. Pablo Monge (21-2-2020). Telefónica cifra en 1.552 millones las deducciones aplicadas por el fondo de comercio. Cinco días. El País Económico.
8. Haro. I (2019). España es el quinto país de Europa que más invierte en startups maduras. Revista digital: Autónomos y Emprendedores.
9. Rodríguez, M. (2019). La batalla por un impuesto mínimo de sociedades se estanca. La Eurocámara denuncia la falta de voluntad política del Consejo por atajar la desigualdad fiscal entre estados miembro y armonizar este tributo. La Voz de Galicia.