

LA RESERVA DE NIVELACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS DEL ART.105 DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Javier Alonso Madrigal

*Profesor Propio de Derecho Financiero y Tributario
Facultad de Derecho Comillas-ICADE
(España)*

Title

The tax loss carryforward leveling reserve under Article 105 of the Corporate Income Tax Act

Resumen

El artículo examina críticamente el ámbito de aplicación de la reserva de nivelación de bases imponibles negativas para empresas de reducida dimensión en el IS y cuantifica su importe en términos financieros, el límite al incentivo y su articulación con la reserva de capitalización y concluye con unas propuestas de lege ferenda.

Palabras clave

Impuesto sobre Sociedades. Reserva de nivelación de bases imponibles para empresas de reducida dimensión. Carry back. Carry forward.

Abstract

The article critically examines the scope of application of the reserve for equalization of negative tax bases for small companies in the spanish CT and quantifies its amount in financial terms, the limit to the incentive and its articulation with the capitalization reserve and concludes with some proposals.

Keywords

Corporate tax. Tax base equalization reserve for small companies. Carry back. Carry forward.

Fecha de Recepción: 19-09-2024 /Fecha de aceptación: 15-10-2024

Cómo citar: Alonso Madrigal, J. (2024). La reserva de nivelación de bases imponibles negativas del art.105 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. *Revista Técnica Tributaria*, (147), 203-239.

SUMARIO

1. Introducción
2. Ámbito de aplicación
 - 2.1. Entidades de reducida dimensión que aplican el tipo general de gravamen.
 - 2.2. Entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior sea inferior a 1 millón de euros
 - 2.3. Exclusión de las entidades de nueva creación que apliquen el tipo bonificado del 15 por ciento
 - 2.4. Exclusión de las empresas emergentes
 - 2.5. Exclusión de las personas físicas
3. La cuantificación del importe del incentivo fiscal por reserva de nivelación
 - 3.1. El importe del incentivo derivado de la minoración de la base imponible.
 - 3.2. El importe del incentivo derivado del «carry back»
4. El límite a la minoración por reserva de nivelación
 - 4.1. Base imponible positiva y correcciones por reserva de nivelación de bases imponibles
 - 4.2. Base imponible positiva y bases imponibles negativas
5. Reserva de nivelación de bases imponibles negativas y reserva de capitalización
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. Introducción

La reserva de nivelación de bases imponible se regula en el art.105 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades¹ (en adelante LIS) como uno de los «*Incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión*» (en adelante ERD) regulados en el Capítulo XI del Título VII de la LIS, dedicado a los «*Regímenes tributarios especiales*».

«Artículo 105. Reserva de nivelación de bases imponible.

1. Las entidades que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 101 de esta Ley en el período impositivo y apliquen el tipo de gravamen previsto en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 29 de esta Ley, podrán minorar su base imponible positiva hasta el 10 por ciento de su importe.

En todo caso, la minoración no podrá superar el importe de 1 millón de euros. Si el período impositivo tuviera una duración inferior a un año, el importe de la minoración no podrá superar el resultado de multiplicar 1 millón de euros por la proporción existente entre la duración del período impositivo respecto del año.

2. Las cantidades a que se refiere el apartado anterior se adicionarán a la base imponible de los períodos impositivos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos a la finalización del período impositivo en que se realice dicha minoración, siempre que el contribuyente tenga una base imponible negativa, y hasta el importe de la misma.

El importe restante se adicionará a la base imponible del período impositivo correspondiente a la fecha de conclusión del referido plazo.

3. El contribuyente deberá dotar una reserva por el importe de la minoración a que se refiere el apartado 1 de este artículo, que será indisponible hasta el período impositivo en que se produzca la adición a la base imponible de la entidad de las cantidades a que se refiere el apartado anterior.

La reserva deberá dotarse con cargo a los resultados positivos del ejercicio en que se realice la minoración en base imponible. En caso de no poderse dotar esta reserva, la minoración estará condicionada a que la misma se dote con cargo a los primeros resultados positivos de ejercicios siguientes respecto de los que resulte posible realizar esa dotación.

A estos efectos, no se entenderá que se ha dispuesto de la referida reserva, en los siguientes casos:

- a) Cuando el socio o accionista ejerza su derecho a separarse de la entidad.*
- b) Cuando la reserva se elimine, total o parcialmente, como consecuencia de operaciones a las que resulte de aplicación el régimen fiscal especial establecido en el Capítulo VII del Título VII de esta Ley.*
- c) Cuando la entidad deba aplicar la referida reserva en virtud de una obligación de carácter legal.*

1 BOE de 28 de noviembre de 2014.

4. La minoración prevista en este artículo se tendrá en cuenta a los efectos de determinar los pagos fraccionados a que se refiere el apartado 3 del artículo 40 de esta Ley.

5. Las cantidades destinadas a la dotación de la reserva prevista en este artículo no podrán aplicarse, simultáneamente, al cumplimiento de la reserva de capitalización establecida en el artículo 25 de esta Ley ni de la Reserva para Inversiones en Canarias prevista en el artículo 27 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

6. El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo determinará la integración en la cuota íntegra del período impositivo en que tenga lugar el incumplimiento, la cuota íntegra correspondiente a las cantidades que han sido objeto de minoración, incrementadas en un 5 por ciento, además de los intereses de demora.»

Según se declara en el Preámbulo de la Ley, su finalidad, además de –por descontado– la de *«favorecer la competitividad y la estabilidad de la empresa española»*, sería compartida con la reserva de capitalización: *«adicionada a la reserva de capitalización (...) incide nuevamente en la equiparación en el tratamiento fiscal de la financiación ajena y propia»*, se entiende que por la vía de *«potenciar la capitalización empresarial mediante el incremento del patrimonio neto, y, con ello, incentivar el saneamiento de las empresas»*. Malvárez y Martín valoran positivamente la persecución de este objetivo a través de medidas de incentivo como la reserva de nivelación, frente a *«aquellas otras que penalicen la financiación ajena mediante una limitación de la deducibilidad de los gastos en los que se incurra al financiar de este modo la actividad económica»*, como las contenidas en los artículos 15 h) y 16 de la LIS².

En la exposición de motivos también se hace referencia a un segundo efecto de la medida, más propio y novedoso en nuestro ordenamiento, la nivelación de bases imponibles negativas a la que hace referencia su denominación. La reserva de nivelación de bases imponibles introduce en nuestro ordenamiento el denominado *«carry back»*³: la posibilidad de compensación de las bases imponibles negativas, no sólo con bases imponibles positivas futuras, el llamado *«carry forward»*⁴, sino con un porcentaje de las bases imponibles positivas de los últimos cinco años. Tal y como afirma el legislador, en realidad *«Esta medida resulta más incentivadora que el comúnmente denominado «carry back» en relación con el tratamiento de las bases imponibles negativas, ya que permite minorar la tributación de un determinado período impositivo respecto de las bases imponibles negativas que se vayan a generar en los 5 años siguientes, anticipando, así, en el tiempo la aplicación de las futuras bases imponibles negativas»*. En efecto, el llamado *«carry back»*, la compensación de bases imponibles negativas con bases imponibles positivas de ejercicios anteriores, no requiere necesariamente la minoración de dichas bases imponibles positivas conforme se van

2 Malvárez Pascual, L. A. y Martín Zamora, M. P., «Las nuevas reducciones de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades: las reservas de capitalización y nivelación», Revista de Contabilidad y Tributación, nº 383, 2015, p.114.

3 Sobre la utilización del *«carry back»* en otras jurisdicciones: OCDE (2011) Country rules on corporate tax losses en *Corporate loss utilization through aggressive tax planning*. OECD publishing. p. 35.

4 Art.26 LIS.

obteniendo, sino que, para hacer efectiva la compensación, bastaría con que se reintegrara al contribuyente la cuota correspondiente a la parte de las bases imponibles positivas del pasado que se permita compensar con la base imponible negativa una vez se produce esta efectivamente⁵. El régimen vigente de la reserva de nivelación no obliga a esperar al momento de obtención de una base imponible negativa para obtener la compensación, sino que anticipa, como señala la exposición de motivos, la reducción fiscal al momento en que se obtiene una base imponible positiva. Como señalan Malvárez y Martín, «*una sociedad que no obtenga nunca bases negativas el sistema introducido por el artículo 105 de la LIS aporta una ventaja que en ningún caso habría podido tener en virtud del sistema de carry-back*»⁶. Esta anticipación, esta ventaja adicional, y la misma posibilidad de compensar bases imponibles negativas con un porcentaje de las bases imponibles positivas de los últimos cinco años se articulan en nuestro ordenamiento como un incentivo fiscal único que se vincula a la finalidad de «*potenciar la capitalización empresarial mediante el incremento del patrimonio neto*» declarada en la exposición de motivos, al exigir la dotación de una reserva indisponible (hasta el momento de la compensación o, de no producirse esta, durante cinco años) y al limitarse su aplicación a las ERD, con lo que constituye un incentivo fiscal más entre los previstos en el régimen de tributación de las mismas.

La medida se presenta también, en la exposición de motivos, como una minoración del tipo de gravamen para las ERD. Tras hacer referencia a «*la eliminación de la escala de tributación que venía acompañando a este régimen fiscal, minorando el tipo de gravamen de estas entidades*» se afirma que «*Esta minoración del tipo de gravamen se ve acentuada (sic)*⁷ *mediante la novedosa reserva de nivelación de bases imponibles negativas*» (...) «*permitiendo en la práctica reducir su tipo de gravamen hasta el 22,5 por ciento*». Esta afirmación no es del todo cierta, ya que la reducción, en todo caso, sería meramente nominal o temporal⁸. Montesinos habla de «*sucedáneo del tipo reducido de gravamen que se aplicaba con anterioridad a un primer tramo de la base imponible de estas entidades*»⁹. De hecho, se mida como se mida, ni siquiera es realmente de 2,5 puntos porcentuales en todos los casos. La reducción va a ser menor del 2,5 por ciento cuando sea de aplicación el límite de 1.000.000 de euros que el párrafo segundo del apartado 1 del art.105 establece para la minoración por reserva de nivelación. En los supuestos en los que la base imponible de la entidad supere los 10.000.000 de euros, la minoración de 1 millón es –obviamente– inferior al 10 por ciento de la base imponible, y la «*reducción del tipo*» ni siquiera nominal-

5 OCDE (2011) Policy issues in the tax treatment of losses en *Corporate loss utilization through aggressive tax planning*. OECD publishing. p.26.

6 Malvárez Pascual, L. A. y Martín Zamora, M.P., «Las nuevas...» Op. cit. p.151:

7 Si la minoración del tipo de gravamen para entidades de reducida dimensión se elimina, difícilmente se podrá acentuar.

8 En este mismo sentido Malvárez Pascual, L. A. y Martín Zamora, M.P., «Las nuevas...» Op. cit. pp. 159-160, para quienes «*esta medida está muy alejada de producir un efecto equivalente al de la reducción del tipo impositivo*» (...) «*en la medida en que el efecto que produce la aplicación de la reserva de nivelación no es definitivo, no cabe decir que dicho mecanismo dé lugar en la práctica a una reducción del tipo de gravamen de un determinado porcentaje, pues en el futuro dicha cantidad deberá incorporarse a la base imponible*».

9 Montesinos Oltra, S., «La compensación de bases imponibles negativas: ¿es un derecho de crédito?, Carta Tributaria, nº 24, 2017, págs. 41-56.

mente llegará hasta el 22,5 por ciento¹⁰. Tampoco supondrá una minoración del 10 por ciento de la renta positiva del ejercicio, cuando la misma sea minorada por la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores, como se expone. Por otra parte, si se tiene en cuenta también la reducción por reserva de capitalización; incentivo fiscal al que se vincula en la exposición de motivos en cuanto a su finalidad y se aplica, como también se expone, con carácter previo a la misma; la reducción por reserva de capitalización sería de un 2,5% de su base de cálculo y la minoración por reserva de nivelación, al aplicarse con posterioridad a la misma, sería sólo del 2,25% de aquella base, que no es la de la propia reserva de nivelación por otros conceptos tampoco, singularmente la compensación de bases imponibles negativas.

El efecto de la minoración sobre la cuota del ejercicio en que se aplica la reserva de nivelación no se traduce, en cualquier caso, en un ahorro fiscal definitivo, sino meramente nominal o temporal, por diferimiento del gravamen de hasta un máximo del 10 por ciento de la base imponible positiva que sea objeto de minoración por este concepto. Este incentivo que proporciona la aplicación de la reserva de nivelación del art.105 se compone de dos elementos que, aunque estén unidos en la vigente normativa, ni tienen la misma naturaleza en cuanto a su fundamento, ni necesariamente van a tener la misma virtualidad cuando se producen ambos; algo que tampoco sucede siempre, puesto que puede que se dé uno solo de ellos, tal y como ha sido subrayado por Montesinos¹¹.

El primer elemento sería la ventaja que deriva de la minoración de hasta el 10 por ciento de la base imponible positiva, como anticipación de la compensación de las bases imponibles negativas de los períodos impositivos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos o, de no llegarse a producir bases imponibles negativas en dicho período, del mero diferimiento de la tributación durante cinco años hasta adicionarse a la base imponible del ejercicio en el que se cumple dicho plazo. El segundo elemento, menos evidente, sería la ventaja que supone estrictamente el llamado «*carry back*», la ventaja financiera que supone anticipar la compensación de bases imponibles negativas con respecto al momento en que las mismas serían compensadas con posterioridad a su

10 Que la base imponible del ejercicio supere los 10.000.000 de euros resulta poco probable, al tratarse de ERD, pero está lejos de ser imposible, como señala Domínguez Corvo, L., (2018) La reserva de nivelación de la ley del Impuesto sobre Sociedades. Técnica Contable y Financiera, (6),p.41, dado «*que hay partidas que no se reflejan en la cifra neta de negocios, pero sí se incluyen en la base imponible*», que «*la cifra neta de negocios determinante de la consideración o no de ERD, no es la del propio ejercicio, sino la del ejercicio inmediato anterior*» y que la LIS proroga en el artículo 101.4 el régimen de ERD «*los 3 períodos impositivos inmediatos y siguientes a aquel período impositivo en que la entidad o conjunto de entidades a que se refiere el apartado anterior, alcancen la referida cifra de negocios de 10 millones de euros, determinada de acuerdo con lo establecido en este artículo, siempre que las mismas hayan cumplido las condiciones para ser consideradas como de reducida dimensión tanto en aquel período como en los 2 períodos impositivos anteriores a este último*». En el mismo sentido se pronuncian Malvárez Pascual, L. A. y Martín Zamora, M. P., «Las nuevas...» Op. Cit. p.152, para quienes «*Es cierto que el volumen de negocios puede superar dicha cifra como consecuencia del apartado 4 del artículo 101 de la LIS75 y también podría ocurrir que, aunque la cifra de negocios no supere diez millones de euros, la base imponible sea mayor por la aplicación de uno o varios ajustes positivos. Ahora bien, lo normal es que los resultados de una empresa sean mucho menores que su cifra de negocios, en la medida en que esta cifra debe minorarse por los gastos correlacionados con los ingresos, por lo que será algo extremadamente excepcional que la reducción pueda llegar al límite establecido de un millón de euros*».

11 Montesinos Oltra, S., «La compensación ...» op. cit.

generación, de haberse tenido que aplicar el «*carry forward*» en lugar de haberse aplicado el «*carry back*». La anticipación que va, desde el ejercicio en que se produce la base imponible negativa a la que se adiciona el importe previamente minorado en aplicación de la reserva de nivelación, hasta el ejercicio en que se obtiene una base imponible positiva en cuantía suficiente para haber podido compensar el importe anteriormente minorado de la base imponible negativa¹². Esta segunda ventaja, en la regulación vigente del art.105.1, como he señalado, se vincula necesariamente a la primera, pero no tendría por qué hacerse así. Esta ventaja se podría obtener sin necesidad de la anticipación adicional previa que supone la minoración en la base imponible, si se articulara como una devolución de la cuota correspondiente al importe de la compensación con la base imponible negativa, en el momento en que se produce esta. La primera ventaja, el diferimiento de la tributación por el importe minorado en la base imponible positiva, no siempre, en la práctica, va seguida de (o se prolonga con) la segunda, en ocasiones será la única ventaja que obtendrá el contribuyente, ya que puede transcurrir el plazo de cinco años sin generarse bases imponibles negativas en cuantía suficiente para adicionar a las mismas el importe de la minoración, con lo que no llegará a producirse el «*carry back*» en sentido estricto. El incentivo se verá reducido a un mero diferimiento por cinco años de la tributación correspondiente a la minoración. En opinión de Montesinos, «*la compensación de rentas negativas es solamente un efecto, desde luego lógico, pero sólo accesorio del efecto principal de diferimiento del gravamen que comporta la minoración, que es el único que puede predicarse de la medida a priori, —es decir, con independencia de cuál resulte ser, a posteriori, la forma de reversión— y el que imprime a la reserva, en definitiva, su carácter de incentivo*»¹³.

Resulta llamativo, en relación con ello, lo previsto en las normativas forales vascas para la denominada, «*Reserva especial para nivelación de beneficios*», trasunto en el ámbito foral de la reserva de nivelación de bases imponibles negativas:

*«Si hubiera transcurrido el plazo establecido en este apartado sin que el contribuyente presente una base imponible negativa o sin que tenga un importe suficiente como para aplicarle completamente las cantidades deducidas en virtud de lo dispuesto en este artículo, el importe restante incrementará la base imponible del período impositivo en que se cumpla el mencionado plazo, realizándose una corrección positiva adicional del 30 por ciento del mencionado importe»*¹⁴.

La normativa foral, aunque también vincula ambos elementos de la ventaja financiera que implica el incentivo fiscal, el correspondiente a la minoración de la base imponible positiva y el correspondiente al «*carry back*», los diferencia claramente. De no aplicarse el segundo, corrige fuertemente la ventaja fiscal que supuso el primero mediante la adición a la base imponible del importe del

¹² Discrepo, por tanto, de la afirmación de Montesinos de que la «*compensación automática (...) en sí misma, no garantiza una ventaja neta adicional al diferimiento que comporta la minoración inicial*». Montesinos Oltra, S., «La compensación ...» op. cit.

¹³ Op. ult. cit.

¹⁴ Párrafo segundo del apartado 2 del art.52 de la Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades de Araba. (B.O.T.H.A. nº 148 de 27 de diciembre), salvo la corrección al 20 %.

base imponible previamente minorado con una «*corrección positiva adicional*». La corrección es de un 30 por ciento en Álava, donde el plazo para la aplicación de la reserva es de 10 años, de un 20 por ciento en Vizcaya¹⁵, donde el plazo es de 10 años, y de un 10 por ciento en Guipúzcoa¹⁶, donde es de 5 años.

Si tomamos un ejemplo de dos contribuyentes, A y B, que obtienen las mismas bases imponibles positivas y negativas, las positivas simultáneamente, con lo que el momento en el que adquieren la capacidad de hacer frente al pago del impuesto es el mismo, pero las negativas no. Si sólo se aplicara el llamado «*carry forward*», tributarían de la siguiente manera:

(Tabla 1)

Ejercicio	1	2	3	4	5	6	7
Base imponible A	0	1,5 M	-1M	0	0	0	1 M
« <i>carry forward</i> »	-	-	-	-	-	-	-1 M
Cuota 25%	0	375.000	0	0	0	0	0
Base imponible B	-1 M	1,5 M	0	0	0	0	1 M
« <i>carry forward</i> »		-1 M	0	0	0	0	
Cuota 25%	0	125.000	0	0	0	0	250.000

En el ejemplo se evidencia que, aunque ambos contribuyentes pagan la misma cuota total de 375.000, mientras el contribuyente A tendrá que pagar la totalidad el segundo ejercicio, el contribuyente B diferirá el pago de 250.000 durante 5 ejercicios más por el mero hecho de haber obtenido la base imponible negativa dos ejercicios antes que el contribuyente A, aunque las bases imponibles positivas de ambos sean idénticas y las obtengan en el mismo momento. Esta desigualdad, injustificada, podría, y a mi juicio debería, paliarse mediante la aplicación del mecanismo del «*carry back*» en todo caso, no sólo en aplicación de la reserva de nivelación de bases imponibles para las ERD.

Si aplicáramos estrictamente, como se propondrá, el mecanismo del denominado «*carry back*», sin la anticipación la compensación de las bases imponibles negativas al momento de obtención de bases imponibles positivas de la vigente reserva de nivelación; en forma de reintegro de la cuota correspondiente al importe de la base imponible positiva compensada con la base imponible negativa en el ejercicio, la tributación sería la siguiente:

15 Párrafo segundo del apartado 2 del art.52 de la Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto Sobre Sociedades, de Bizcaia (B.O.B. de 13 diciembre)

16 Párrafo segundo del apartado 2 del art.52 de la Norma Foral 2/2014, de 17 de enero, del Impuesto sobre Sociedades del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

(Tabla 2)

Ejercicio	1	2	3	4	5	6	7
Base imponible A	0	1,5 M	-1 M	0	0		1M
«Carry forward»	-			-	-	-	-850.000
«Carry back»	-		+150.000	-	-	-	-
Cuota 25%		375.000	-37.500	0	0		37.500
Base imponible B	-1 M	1,5 M	0	0	0		1M
«Carry forward»	-	-1 M	-	-	-	-	-
«Carry back»	-		-	-	-	-	
Cuota 25%	0	125.000	0	0	0	-	250.000

Como puede constatarse, el mecanismo de anticipación de la compensación de bases imponibles negativas reduce, aún sin eliminarlas, las diferencias, a mi modo de ver injustificadas en términos de capacidad económica, que se producen entre los contribuyentes del ejemplo. El contribuyente A anticipa al ejercicio 3 la compensación de parte de la base imponible negativa de dicho ejercicio a través del «carry back» que, de otra manera, debería diferir hasta el ejercicio 7. Naturalmente, cuanto menores fueran las limitaciones al «carry back», en cuanto al porcentaje de las bases imponibles positivas susceptible de compensación y al número de ejercicios anteriores al que se puede extender, en mayor medida se corregirá la desigualdad denunciada.

2. Ámbito de aplicación

2.1. Entidades de reducida dimensión que aplican el tipo general de gravamen.

De acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del art. 105, la posibilidad de aplicación del incentivo que supone la reserva de nivelación se restringe a «*Las entidades que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 101 de esta Ley en el período impositivo*», artículo que determina el ámbito de aplicación de los incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión (ERD en adelante), y no a todas ellas, sino sólo a las que «*apliquen el tipo de gravamen previsto en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 29 de esta Ley*».

Por lo tanto, de acuerdo con el apartado 1 del art.101, sólo pueden beneficiarse de la reserva de nivelación de bases imponibles negativas aquellas entidades que no tengan la consideración de entidad patrimonial en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de la LIS, cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a 10

millones de euros o, de acuerdo con apartado 4 del art.101, pese a haber alcanzado esa cifra de negocios, por haber cumplido las condiciones para ser considerada como de reducida dimensión los tres ejercicios anteriores, pueden aplicar dicho régimen durante 3 periodos impositivos adicionales. No obstante, conviene tener presente que el régimen de ERD sólo es un régimen especial de nombre, puesto que como señalaran Tobes et al. «*presenta una sobrerrepresentación en el número de declarantes, ascendiendo en los últimos años al 80% de las declaraciones presentadas*»¹⁷. En cualquier caso, la utilización de la reserva de nivelación de bases imponibles negativas con la finalidad de incentivar adicionalmente el incremento del patrimonio neto de las ERD, se podría justificar en la necesidad de contrarrestar el hecho de que las mismas se ven afectadas en menor medida por «*la limitación de gastos financieros*» del art.16 de la LIS, que también perseguiría, al menos según la exposición de motivos, dicha finalidad; en cuanto que estas entidades, aun superando sus gastos financieros netos el 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio, es más probable que no superen el importe de 1 millón de euros que son deducibles en todo caso, no sufrirían este desincentivo a la utilización de fondos ajenos.

El ámbito de aplicación del incentivo que supone la reserva de nivelación de bases imponibles negativas no coincide con el de la Pequeña y Mediana Empresa. Como subraya Domínguez Corvo¹⁸, el término de Pequeña y Mediana Empresa, Pyme, es definido por la norma contable, en concreto en el artículo 2.1 del Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas¹⁹, de forma distinta a como la norma fiscal define la ERD. La aplicación del régimen fiscal de ERD no se condiciona a la cifra del activo de la entidad ni al número de trabajadores y, en cuanto al importe neto de su cifra anual de negocios, el límite fiscal supera al contable y no se ha de cumplir durante dos ejercicios sucesivos necesariamente, por lo que una ERD no siempre cumplirá los requisitos para ser calificada como Pyme contablemente. Una Pyme, a su vez, puede ser una entidad patrimonial excluida del régimen de ERD, y puede superar los diez millones de euros de importe neto de su cifra anual de negocios sin dejar de serlo, siempre que la cifra de su activo no supere los cuatro millones y el número de medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

17 Tobes Portillo, P., Salas Suarez, A. Cárdenas Cárdenas G., Angoitia Grijalba, M., y García Gámez S., (2019) Análisis estadístico del impuesto sobre sociedades. en Deloitte (Coord.) (2019) *Imposición sobre el beneficio empresarial. Evolución reciente, perspectivas de futuro*. Fundación Impuestos y Competitividad. p.38

18 Domínguez Corvo, L., (2018) La reserva de nivelación de la ley del Impuesto sobre Sociedades. Técnica Contable y Financiera, (6), p.37,

19 Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas. Boletín Oficial del Estado, 21 de noviembre de 2007, según el cual «*Podrán aplicar este Plan General de Contabilidad de Pymes todas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, individual o societaria, que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:*

- a) *Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros.*
- b) *Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros.*
- c) *Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.*

Las empresas perderán la facultad de aplicar el Plan General de Contabilidad de Pymes si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior».

La normativa foral, en cambio, extiende la aplicación del incentivo a todos los contribuyentes sujetos a la misma, y lo incrementa en cinco puntos porcentuales para las «microempresas y las pequeñas empresas»²⁰, que se definen en los apartados 1 y 2 del art.13 de las respectivas normas forales del impuesto de sociedades de forma idéntica²¹.

2.2. Entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior sea inferior a 1 millón de euros

En el número 1 del art.105 de la LIS no se autoriza a todas las ERD la minoración de sus bases imponibles positivas en concepto de reserva de nivelación, sino que la restringe a las que «*apliquen el tipo de gravamen previsto en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 29*» de la LIS²². En la redacción original de la Ley dicho párrafo sólo incluía «*El tipo general de gravamen para los contribuyentes de este Impuesto (...) el 25 por ciento*», pero tras la reforma introducida por el art. 68 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023²³, el primer párrafo incluye también el aplicable a

20 Apartado 4 del mismo art.52 de las normas de los territorios históricos antes citadas.

21 «Artículo 13. Concepto de microempresa, de pequeña y de mediana empresa.

1. A efectos de esta Norma Foral se entenderá como microempresa aquélla que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que lleve a cabo una explotación económica.
- b) Que su activo o su volumen de operaciones, tal y como se define en el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, no supere los 2 millones de euros.
- c) Que el promedio de su plantilla no alcance las 10 personas empleadas.
- d) Que no se hallen participadas directa o indirectamente en un 25 por ciento ó más por empresas que no reúnan alguno de los requisitos anteriormente expuestos, excepto que se trate de sociedades o fondos de capital riesgo a los que resulte de aplicación el régimen especial establecido en el Capítulo IV del Título VI de esta Norma Foral cuando la participación sea consecuencia del cumplimiento del objeto

social de estas últimas.

2. A efectos de esta Norma Foral se entenderá como pequeña empresa aquélla que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que lleve a cabo una explotación económica.
- b) Que su activo o su volumen de operaciones, tal y como se define en el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, no supere los 10 millones de euros.
- c) Que el promedio de su plantilla no alcance las 50 personas empleadas.
- d) Que no se hallen participadas directa o indirectamente en un 25 por ciento o más por empresas que no reúnan alguno de los requisitos anteriormente expuestos, excepto que se trate de sociedades o fondos de capital riesgo a los que resulte de aplicación el régimen especial establecido en el Capítulo IV del Título VI de esta Norma Foral cuando la participación sea consecuencia del cumplimiento del objeto social de estas últimas.»

22 La SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas, en su contestación a la consulta vinculante de 23 de septiembre de 2016, V4068-16, declaró también aplicable la reducción por reserva de nivelación a las entidades que, en virtud de la letra j) de la disposición transitoria trigésima cuarta de la LIS, aplicaran la escala que el precepto preveía para los períodos impositivos que se iniciaran dentro del año 2015, pese a que, estrictamente, no fueran «*el tipo de gravamen previsto en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 29*». La interpretación contraria hubiera supuesto retrasar a los ejercicios que se iniciaran en 2016 la aplicación de la reducción por reserva de nivelación, puesto que la escala de la letra j) se preveía precisamente para las entidades que cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 101 de la Ley excepto si, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29, debían tributar a un tipo diferente del general, precisamente el previsto para las entidades de reducida dimensión que, de acuerdo con lo establecido en el art.105 de la LIS, son las que pueden aplicar la reducción.

23 BOE de 24 del 12 de 2022.

«las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior sea inferior a 1 millón de euros que será el 23 por ciento», con lo que las mismas no pierden la posibilidad de aplicar la reserva de nivelación por acogerse al tipo bonificado en dos puntos porcentuales.

No obstante, el que las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior sea inferior a 1 millón de euros puedan aplicar la minoración en la base imponible prevista en el art.105.1, puede distorsionar en ocasiones la efectividad de este incentivo. Puede haber ERD que apliquen la minoración por reserva de nivelación de bases imponibles en un ejercicio en el que el tipo que les es aplicable es el reducido del 23 % y, al quinto año sin bases imponibles negativas, se adicione el importe minorado a la base imponible positiva, en un periodo en el que la entidad tribute al tipo general del 25 %; o también cabe que se adicione dentro del plazo de cinco años previsto en el art.105 a una base imponible negativa que, de otra manera, se hubiera compensado con bases imponibles futuras que tributen al 25%. En estos supuestos se produciría una reducción en un 2 por ciento del ya de por sí débil, como expondré, efecto financiero positivo del incentivo. En estos casos, que serán comunes en el caso de las entidades que vayan creciendo en actividad con el paso del tiempo, la incertidumbre acerca del efecto final del diferimiento de la tributación puede disuadir a los contribuyentes de la aplicación de un incentivo que puede verse tan disminuido o, incluso, no ser tal finalmente.

En sentido contrario, aunque pueda ser quizá menos habitual que las empresas no incrementen su actividad con el paso del tiempo sino que la disminuyan, también puede suceder que una ERD aplique un ejercicio el tipo general del 25%, por haber sido su importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior igual o superior a 1 millón de euros, y realice en el mismo la minoración de la base imponible por reserva de nivelación, para adicionar el importe minorado, al quinto año sin bases imponibles negativas, a la base imponible positiva de un periodo en el que la entidad tribute al tipo del 23 %, por haberse reducido su importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior inferior a 1 millón de euros; o bien se adicione dentro del plazo de cinco años a una base imponible negativa que, de otra manera, se hubiera compensado con bases imponibles futuras que tributan al 23%, lo que incrementaría en 2 puntos porcentuales el efecto financiero positivo del diferimiento, en lugar de reducirlo. En este caso, a diferencia del anterior, no se incurriría en ningún riesgo al aplicar la minoración de la base imponible, ya que el incentivo fiscal que supone el diferimiento no se va a ver contrarrestado, sino sólo eventualmente incrementado por la aplicación del tipo bonificado del 23 % a una renta que hubiera tributado de otra manera al 25 % en el ejercicio en el que se practicó la minoración de la base imponible.

2.3. Exclusión de las entidades de nueva creación que apliquen el tipo bonificado del 15 por ciento

El legislador ha excluido que *«las entidades de nueva creación que realicen actividades económicas»*, para las que la LIS prevé también en el apartado 1 del

artículo 29 la aplicación de un tipo de gravamen bonificado del 15 por ciento «*en el primer período impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente*», aunque sean ERD, puedan aplicar la minoración por reserva de nivelación, al recogerse el tipo bonificado en el párrafo tercero del precepto²⁴ y no en el primero²⁵. Así lo afirmó la SG de Impuestos sobre las Personas Jurídicas en su contestación a la consulta vinculante del 20 de diciembre de 2019²⁶:

«...en la medida en que la entidad consultante no ha tributado al tipo de gravamen previsto en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 29 de la LIS (25%), sino al tipo de gravamen del 15 por ciento que se encuentra regulado en el segundo párrafo y siguientes de dicho apartado, no podrá reducir su base imponible en los términos establecidos en el artículo 105 de la LIS.»

El art.25.1 de la LIS, en cambio, no impide que las entidades de nueva creación apliquen la reducción por reserva de capitalización, pese a que su tipo de gravamen sea el reducido del 15%, ya que se refiere a «*Los contribuyentes que tributen al tipo de gravamen previsto en los apartados 1 o 6 del artículo 29*», y no sólo a los que aplique el «*previsto en el primer párrafo del apartado 1*», como hace el art.105.1 de la LIS.

Lasarte y Jiménez señalan que se les «*escapan las razones por las que la LIS impide que los emprendedores aprovechen este beneficio fiscal. Sobre todo, teniendo en cuenta que, excepto este incentivo, pueden aplicar todos los previstos en el régimen especial de reducida dimensión. Quizá el legislador considere que una reducción del tipo impositivo del 25 al 15% sea suficiente ventaja, más si tenemos en cuenta que, como veremos, la reducción de nivelación supone, en muchos casos, sólo el diferimiento de una pequeña parte de la tributación por el IS con un escaso impacto económico*»²⁷; aunque, también podría argumentarse que, dado el escaso peso que tiene el incentivo que supone la reserva de nivelación, el mismo podría añadirse sin problema a la ventaja, en principio más sustancial, que supone el tipo bonificado del 15 %. Al no hacerse así, estos contribuyentes optarán por la aplicación del tipo bonificado, más beneficioso que el mero diferimiento que implica la reserva de nivelación.

En todo caso, a mi juicio, la razón que justifica la inaplicación del diferimiento que supone la minoración por reserva de nivelación a las empresas de nueva creación sería, en realidad, que para las mismas no sería una ventaja sino un inconveniente; de la misma manera que puede serlo, en algunos casos, como se ha expuesto, para las empresas que tributan al tipo reducido del 23%. En definitiva, se estaría cambiando la tributación al 15% por la tributación al

24 Tampoco podrán hacerlo, por la misma razón, «*Las entidades de nueva creación constituidas entre 1 de enero de 2013 y 31 de diciembre de 2014, que realicen actividades económicas*», para las que la Disposición transitoria vigésima segunda de la LIS mantiene el régimen de tributación previsto en la Disposición adicional decimonovena del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (BOE de 11 de marzo de 2004).

25 GARCÍA GÓMEZ DE ZAMORA, «Las nuevas reservas de capitalización y nivelación y la compensación de bases imponibles negativas en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades» Carta Tributaria – Monografías, núm. 4/ 2015, (LA LEY 2619/2015).

26 V3495-19.

27 Lasarte López, R., & Jiménez Cardoso, S. M. (2015). La reserva de nivelación en el nuevo impuesto sobre sociedades. cuestiones prácticas tributarias y contables en *Crónica Tributaria*, (155), 111-131. p. 112

25%²⁸ del 10 por ciento de la base imponible. Es cierto que, en ambos casos, una parte del efecto negativo que supondría el incremento del tipo de gravamen finalmente aplicable se vería compensada, desde el punto de vista financiero, con las ventajas que, tal y como como se va analizar, suponen el diferimiento de la tributación y la anticipación de la compensación de bases imponibles negativas, pero dado el escaso peso que tienen las mismas, resulta muy improbable que llegaran a compensarla completamente.

2.4. Exclusión de las empresas emergentes

No podrán aplicar la reserva de nivelación las entidades de nueva creación a las que sea aplicable el régimen de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes²⁹, aunque cumplan los requisitos del art.101 de la LIS (y hay que tener presente que el art.6 d) establece como supuesto que pone fin a la aplicación de los beneficios de dicha Ley el que *«El volumen de negocio anual de la empresa supere el valor de diez millones de euros»*, lo que no se exige por el art.29 de la LIS para las empresas de nueva creación en general) ya que tampoco aplican estas entidades el tipo de gravamen previsto en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 29 de la LIS, sino el 15% establecido en el art.7 de la Ley 28/2022. Además, les es también aplicable el razonamiento arriba expuesto, en el sentido de que para las mismas el diferimiento que implica la aplicación de la reserva de nivelación constituiría más un inconveniente que una ventaja. Hay que tener presente, adicionalmente, que el art.8 de la Ley 28/2022 ya prevé un aplazamiento, con dispensa de garantías, por un período de doce y seis meses, del pago de la deuda tributaria correspondiente a los dos primeros períodos impositivos en los que la base imponible del Impuesto sea positiva, sin que tenga lugar el devengo de intereses de demora, con lo que parte del diferimiento que supone la reducción de la reserva de capitalización se solaparía con dicho aplazamiento sin constituir en la práctica una ventaja financiera adicional.

2.5. Exclusión de las personas físicas

La Dirección General de Tributos, en su contestación a la Consulta núm. V2868/16, de 22 junio, ha negado la aplicación de la reserva de nivelación a un consultante que desarrollaba la actividad económica de abogacía, sometido al método de estimación directa, y llevaba la contabilidad ajustada al Código de Comercio; también tomando como base de su decisión el requisito exigido en el apartado 1 del art.105 de la LIS de que *«apliquen el tipo de gravamen previsto en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 29»* de la LIS», lo que, para el centro directivo

«...excluye su aplicación a contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ya que en ningún caso los tipos de gravamen referidos resultan de aplicación a dichos contribuyentes, al resultarles de aplicación a los con-

²⁸ O al 23 %, de ser el tipo aplicable, tal y como se ha señalado.

²⁹ BOE de 22 de diciembre de 2022.

tribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas únicamente los tipos de gravamen establecidos en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE de 29 de noviembre) –en adelante LIRPF–, distintos a los del Impuesto sobre Sociedades.»

Aunque plenamente conforme con la literalidad de la LIS, el criterio adoptado por la DGT supone excluir de la aplicación de este incentivo a las personas físicas que, cumpliendo con los parámetros que delimitan el régimen especial de entidades de reducida dimensión, no ejercen su actividad empresarial a través de una entidad sino directamente; cuando dicho incentivo podría cumplir también para dichos empresarios, tanto la finalidad de incentivar el uso de recursos propios frente a los recursos ajenos, como la de anticipar la compensación de bases imponibles negativas de su actividad empresarial; si bien es cierto que, con respecto a esta segunda finalidad, la posibilidad que la letra a) del art.48 de la Ley del IRPF³⁰ establece de compensación de los rendimientos negativos de actividades económicas con los restantes rendimientos que integran la renta general, implica de suyo una posibilidad de «nivelación» de dichos rendimientos. Por otra parte, es cierto que la variación en los tipos de gravamen que experimentan los contribuyentes del IRPF de un ejercicio a otro distorsionaría la aplicación de este incentivo a los mismos, en el sentido que venimos exponiendo, al transferir rentas entre ejercicios sometidos a diferente tributación. Cabe pensar que, a igualdad de otros rendimientos, la transferencia de rentas sería generalmente de ejercicios con tipos medios o marginales más altos a ejercicios con tipos medios o marginales más bajos, pero podría producirse también el efecto contrario.

3. La cuantificación del importe del incentivo fiscal por reserva de nivelación

Como he señalado, el incentivo que provee la aplicación de la reserva de nivelación del art.105 se compone de dos elementos que, aunque estén vinculados en la vigente normativa, ni tienen la misma naturaleza en cuanto a su fundamento, ni se van a producir ambos en todos los casos, ni van a tener el mismo efecto de producirse ambos. Por ello creo que es importante separar su cuantificación, también a efectos de analizar su eficacia en relación con los fines perseguidos y proponer su eventual reforma.

3.1. El importe del incentivo derivado de la minoración de la base imponible.

La ventaja financiera que implica la reserva de nivelación se podría cifrar, en los supuestos en los que la minoración se adicione a la base imponible cinco

30 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, BOE de 29 de noviembre de 2006.

años después por no haberse adicionado a bases imponible negativas durante dicho periodo, en el resultado de aplicar el tipo de interés que la entidad satisfice por la financiación ajena, pongamos un 3 por ciento³¹, al importe de la cuota diferida, el 25 por ciento³² del importe de la minoración, que *«En todo caso, (...) no podrá superar el importe de 1 millón de euros»*, durante el plazo de diferimiento de hasta cinco años. Este sería el importe máximo de la ventaja que, al margen del efecto que la aplicación del *«carry back»* puede suponer, proporcionaría la minoración en la base imponible en aplicación de la reserva de nivelación. El plazo de anticipación será menor a cinco años si se adiciona el importe minorado a una base imponible que se produzca en dicho plazo, siendo al menos de un año, y el importe, obviamente, dependerá del de la base imponible positiva del ejercicio y de la voluntad de aplicar el incentivo del contribuyente mediante la dotación de una reserva de nivelación indisponible, pero está limitada al máximo de un millón de euros por ejercicio que fija el segundo párrafo del apartado 1 del art.105.

Siendo el importe máximo de la minoración de 1 millón de euros y de 5 años el máximo periodo de anticipación de la compensación de la base imponible negativa o de mero diferimiento de la tributación de la minoración practicada, podríamos cuantificar en 39.818,51 euros el importe máximo de este elemento del incentivo³³, 63.413,25 si aplicáramos el 4,0625% del interés de demora del año 2023³⁴. Si para disfrutar de dicho incentivo, según dispone el número 3 del art.105, *«El contribuyente deberá dotar una reserva por el importe de la minoración (...), que será indisponible hasta el período impositivo en que se produzca la adición a la base imponible de la entidad de las cantidades a que se refiere el apartado anterior»*, ello equivaldría a un incentivo, de 7.963,7 euros anuales³⁵ por no disponer de la reserva de nivelación de 1.000.000 durante cinco años, una retribución de menos de un 0,8 % anual.

El porcentaje del incentivo anual se incrementaría los casos en los que, como consecuencia del hecho de que una base imponible positiva no implica necesariamente un resultado contable positivo del mismo importe, la dotación de la reserva se pospone a un ejercicio posterior. Según establece el apartado 3 del art.105: *«En caso de no poderse dotar esta reserva (...) con cargo a los resultados positivos del ejercicio en que se realice la minoración en base imponible»*, *«la misma se dote con cargo a los primeros resultados positivos de ejercicios siguientes respecto de los que resulte posible realizar esa dotación»*. Hay que tener presente que el plazo durante el que la reserva es indisponible no es el de cinco años desde su dotación, sino *«hasta el período impositivo en que se produzca la adición a la base imponible de la entidad de las cantidades a que se refiere el apartado anterior»*, en un plazo máximo de cinco

31 Las pymes obtienen financiación al 3%, el nivel más alto desde 2015. en *Expansión* 25 de abril de 2023. <https://cincodias.elpais.com/extras/pymes/2023-04-25/las-pymes-obtienen-financiacion-al-3-el-nivel-mas-alto-desde-2015.html>

32 23 por ciento para las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior sea inferior a 1 millón de euros, como se ha señalado.

33 $250.000 \times (1+0.03)^5 - 250.000$. Para las empresas cuyo importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior sea inferior a 1 millón de euros $230.000 \times (1+0.03)^5 - 230.000 = 36.633,03$ euros.

34 58.340,19 para las empresas cuyo importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior sea inferior a 1 millón de euros

35 12.682,65 si aplicamos el tipo del interés de demora el 4,0625%.

años. Por lo tanto, el plazo durante el que no se va a poder disponer de la reserva una vez dotada, va a ser menor en algunos casos, con lo que el rendimiento del incentivo correspondiente a cada uno de los años en los que ha sido indisponible será mayor, al repartirse entre un número menor de años, al tiempo que, si se dispone de la misma, se reduce el periodo durante el cual se pudiera producir el incremento de los fondos propios originado por la dotación de la reserva. Podría darse el caso, incluso, de que la reserva se dotara en el mismo período impositivo en que se produzca la adición a la base imponible del importe previamente minorado, si fuera este el primero en el que se produjera un resultado contable positivo de cuantía suficiente para poder dotar la reserva, con lo que dejaría de ser indisponible en el mismo ejercicio de su dotación. Incluso, pudiera suceder que no pudiera realizarse su dotación hasta un ejercicio posterior a aquel en que se hubiera adicionado a la base imponible; casos estos en los que su dotación sigue siendo exigible de acuerdo con el tenor literal del apartado 3 del artículo 25, pero podría ser dispuesta por el contribuyente inmediatamente, con lo que su dotación quedaría privada de sentido. Hubiera sido más razonable, a estos efectos, que el legislador hubiera obligado a que la reserva fuera indisponible durante cinco años desde su dotación o, si fuera inferior, durante un plazo equivalente al que va desde la minoración de la base imponible hasta la adición a una base imponible negativa, prolongando la indisponibilidad de la reserva como forma de mejor cumplir con su finalidad. No es la reserva contable la que se adiciona a la base imponible, sino su importe. No habría inconveniente en que se obligara a mantener la primera más allá del momento en que se ha adicionado el segundo a la base imponible para prolongar el efecto perseguido a través de la obligación de dotarla, el incremento y mantenimiento de los fondos propios por parte de la entidad.

Hay que tener presente que esta ventaja por anticipación de la compensación de bases imponibles negativas o por mero diferimiento puede renovarse en ejercicios sucesivos, siempre que la entidad cumpla con los requisitos marcados por el art.105 de la LIS. Con ello, en circunstancias óptimas, una entidad podría tener dotadas simultáneamente cinco reservas de nivelación por su importe máximo y, consecuentemente, estar disfrutando del diferimiento de hasta 1.250.000³⁶ euros de cuota a cambio de tener inmovilizados en el balance 5 millones de euros. Una ventaja financiera de 37.500 euros anuales con el tipo del 3 por ciento antes aplicado al cálculo, o de 50.781,25 euros anuales con el tipo del 4,0625% del interés de demora del año 2023. Además, una vez llegado el ejercicio en el que el importe minorado en concepto de reserva de nivelación debe ser adicionado a la base imponible del periodo, podría utilizar el importe de la reserva de nivelación que deja de ser indisponible para dotar una nueva reserva para otro ejercicio.

3.2. El importe del incentivo derivado del «carry back»

El mero retraso del ingreso de la cuota como consecuencia de las minoraciones en las bases imponibles positivas no sería, en realidad, la finalidad que per-

36 1.150.000 en el caso de entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior sea inferior a 1 millón de euros.

seguiría en última instancia la reserva de nivelación, sino una suerte de efecto colateral que se produce cuando no se dan las condiciones para que cumpla lo que constituiría su finalidad más característica: la de nivelar las bases imponibles de los sujetos pasivos mediante la anticipación de la compensación las bases imponibles negativas que se produzcan en los cinco ejercicios inmediatos y sucesivos al ejercicio en el que se dota la reserva, que es precisamente la finalidad que le da nombre. Esta ventaja se materializa en el hecho de que la aplicación del crédito fiscal por las bases imponibles negativas tendría que retrasarse, de no haberse compensado anticipadamente, hasta un ejercicio posterior en el que se produjeran bases imponibles positivas en importe suficiente para ello. Es, en definitiva, la ventaja financiera que proporciona el «*carry back*» al sustituir al «*carry forward*». Esta ventaja financiera se sumaría o, si se quiere, prolongaría, la que se cifra en la mera anticipación de la compensación, que en nuestra normativa se obtiene sin esperar al ejercicio de la obtención de la base imponible negativa, en el momento en que se aplica la minoración de hasta el 10 por ciento la base imponible positiva y se ha calculado *supra*³⁷.

No es necesariamente cierto, en relación con lo anterior, como afirman Lasarte y Jiménez, que las entidades más beneficiadas por la aplicación de la reserva de nivelación sean las que no presenten bases imponibles negativas en el plazo exigido para ello, al ser máximo el beneficio derivado del retraso en su tributación en ese caso³⁸. La anticipación de la compensación de bases imponibles negativas con bases imponibles positivas posteriores, el «*carry back*», supone una ventaja financiera adicional que se añade, o prolonga, aquel diferimiento del ingreso y, de producirse en el quinto año, ni siquiera disminuye el plazo durante el que se disfruta este. La ventaja financiera de la mera anticipación de la compensación, como he señalado, será de un mínimo de un año, si al siguiente ya se puede compensar el importe con una base imponible negativa, y de un máximo de 5, si no se producen bases imponibles negativas hasta la finalización del plazo previsto en el art.105. La ventaja financiera que proporciona el «*carry back*» en sentido estricto, será como mínimo de un ejercicio; si al siguiente ejercicio se produjera una base imponible positiva que hubiera podido ser compensadas con la base imponibles negativa cuya compensación se ha anticipado mediante el «*carry back*»; pero puede prolongarse sin límite temporal alguno tanto como tardara en producirse una base imponible positiva de importe suficiente como para haber realizado la compensación; dado que no existe un límite temporal a la compensación de bases imponibles negativas³⁹. Si se pro-

37 Otras medidas de diferimiento que incorpora el régimen especial de ERD, como la libertad de amortización o la amortización acelerada, en cuanto que retrasan temporalmente la imputación de parte del resultado contable a la base imponible, producen un efecto similar, en este sentido, a la reserva de nivelación, y también pueden, al alterar en el tiempo la distribución de las bases imponibles positivas y negativas, afectar al momento en que las bases imponibles negativas son objeto de compensación, anticipándolo cuando se añaden a las mismas con la reversión del ajuste. También en estos casos se produce un «*carry back*» de la base imponible negativa que, de no haberse revertido el ajuste, tendría que esperar para ser compensada a que se produjera una base imponible positiva posterior. Se prolonga también, con dicha anticipación, el efecto del diferimiento de la tributación que suponen estas medidas. Las mismas también pueden tener, sin embargo, un efecto de signo contrario: al disminuir la base imponible en un ejercicio pueden retrasar la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores.

38 Lasarte López, R., & Jiménez Cardoso, S. M. (2015). La reserva de nivelación en el nuevo impuesto sobre sociedades. Cuestiones prácticas tributarias y contables. *Crónica Tributaria*, (155), pp.111 y 114.

39 Art.26 LIS.

longa más de cinco años, por no generarse bases imponible positivas en importe suficiente en dicho plazo, el efecto financiero del «*carry back*» en sentido estricto será en realidad superior al efecto máximo del mero diferimiento de la tributación o anticipación de la compensación antes calculado⁴⁰.

Pensemos en un supuesto (Tabla 3) en el que solo en el período impositivo que concluye en el quinto año inmediatamente sucesivo a la finalización del período impositivo en que se aplicó la minoración de 1 millón en la base imponible en concepto de reserva de nivelación se generara una base imponible negativa, por un importe igual a dicha minoración. Tal y como dispone el art.105.2 de la LIS, habría que adicionar el importe de la minoración a dicha base imponible negativa, disminuyendo su importe, pero, en el ejemplo planteado, sin dar lugar a una base imponible positiva.

(Tabla 3)

<i>Ejercicios</i>	<i>0</i>	<i>1</i>	<i>2</i>	<i>3</i>	<i>4</i>	<i>5</i>	<i>6</i>	<i>7</i>	<i>8</i>	<i>9</i>	<i>10</i>	<i>11</i>
<i>Base imponible</i>	<i>10 M</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>-1M</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>0</i>	<i>1M</i>
A) Sólo Carry forward												-1M
Cuota	2,5 M	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
B) Carry back y Carry forward	-1 M					+1M						
Cuota	2,25 M											0,25 M

En casos como el aquí planteado se muestra claramente cómo se prolonga la ventaja fiscal del diferimiento de la tributación, debido a que la adición a la base imponible negativa del ejercicio no llega a producir cuota en el mismo, no da lugar al pago de la cantidad que no se ingresó hace cinco años como consecuencia de la minoración de la base imponible positiva en concepto de reserva de nivelación ¿Y hasta qué momento cabe entender que se prolongaría la ventaja fiscal?: hasta el ejercicio en que se genera una base imponible positiva de un importe tal que hubiera permitido que fuera compensada con la base imponible negativa a la que se adicionó el importe de la reserva de nivelación, el ejercicio 11 en el ejemplo. Sólo en dicho ejercicio 11 se va a generar una cuota como resultado de que no se compense en ese momento la base imponible negativa del ejercicio 5 en el que se adicionó la reserva de nivelación; se va a generar una cuota porque, al haberse anticipado la compensación mediante el «*carry back*»), no se produce en este ejercicio la misma mediante el «*carry forward*».

40 La aplicación de la limitación de la compensación de bases imponible negativas de ejercicios anteriores a un porcentaje de la base imponible del ejercicio establecida, con carácter general, por el primer párrafo del apartado 1 del art.26 de la LIS, supondrá en la práctica una prolongación o incremento de la ventaja que supone en sentido estricto el «*carry back*», aunque se vea más que anulada con el correlativo adelanto de la tributación de la parte no compensable de la base imponible positiva que implica.

Como resulta evidente en el ejemplo, 250.000 euros de cuota se difieren 11 ejercicios en aplicación de la reserva de nivelación. Los cinco primeros ejercicios como consecuencia de la aplicación del incentivo en el ejercicio 0, sin esperar al periodo 5 en el que se produce la base imponible negativa, mediante la minoración en la base imponible positiva. Algo que, como se ha señalado, no es inherente al «*carry back*», sino una ventaja adicional del régimen español de reserva de nivelación. Los seis siguientes ejercicios de diferimiento se corresponde con los que hubiera tardado en compensarse la base imponible negativa del ejercicio 5 con la base imponible positiva del ejercicio 11, de no haberse anticipado la compensación al ejercicio 0. Esta es, estrictamente, la ventaja financiera que otorga el «*carry back*» frente al «*carry forward*», que se podría articular, en el ejemplo, como una devolución de 250.000 euros en el ejercicio 5, sin anticiparla al ejercicio 0. Obviamente, el efecto financiero de este segundo diferimiento de seis años es, en el ejemplo, mayor que el del primero de cinco años y podría prolongarse por un plazo mayor en otros supuestos. Si la minoración en la base imponible por reserva de nivelación no se compensa con bases imponible negativas en el plazo de 5 años (Tabla 4), sólo se produciría el primer diferimiento de cinco años, pero no el segundo, el correspondiente al «*carry back*».

(Tabla 4)

Ejercicios	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
Base imponible	10 M	0	0	0	0	0	-1M	0	0	0	0	1M
Carry back y Carry forward	-1 M					+1M						-1 M
Cuota	2,25 M	0	0	0	0	0,25 M	0	0	0	0	0	0

Hay que tener presente además que, desde la perspectiva de incentivo que puede suponer al mantenimiento de los fondos propios en forma de reserva, desde el periodo impositivo en que se produce la adición a la base imponible negativa del importe de la reserva de nivelación, la misma deja de ser indisponible, con lo que la ventaja financiera que implica el «*carry back*» constituiría una retribución adicional a los periodos en los que se mantiene la indisponibilidad. Si, por ejemplo, fueran cinco años adicionales los que se prolongara este diferimiento hasta la generación de una base imponible positiva en cuantía suficiente para haber sido compensada, el importe del incentivo fiscal para una reserva de nivelación, en el ejemplo de 1.000.000 que hemos planteado, podría cifrarse en 85.979,09 euros⁴¹, que dividido entre los cinco años en los que la reserva de 1 millón de euros ha sido indisponible, nos daría una retribución anual en forma de ventaja fiscal de 17.195,81 por cada uno de los cinco años en los que no se pudo disponer de la reserva. Si aplicamos el interés de demora del ejercicio 2023 el incentivo se cifraría en 142.911,48 euros, 28.582,29 euros por cada año.

⁴¹ $250.000 \times (1+0.03)^{10} - 250.000$. Para las empresas cuyo importe neto de la cifra de negocios del periodo impositivo inmediato anterior sea inferior a 1 millón de euros $230.000 \times (1+0.03)^{10} - 230.000 = 79.100,76$ euros.

En relación con lo anterior, hay que tener presente también que el régimen vigente de la reserva de nivelación implica también, de facto, una flexibilización de la limitación a la compensación de bases imponibles negativas contenida en el art.26.1 de la LIS:

«Las bases imponibles negativas que hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación podrán ser compensadas con las rentas positivas de los períodos impositivos siguientes con el límite del 70 por ciento de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización establecida en el artículo 25 de esta Ley y a su compensación».

Esta flexibilización se produce, en primer lugar y en la forma obvia que responde a la propia denominación de la reserva, al permitir compensar las bases imponibles negativas, no sólo con bases imponible positivas futuras, «*carry forward*», sino con bases imponibles positivas pasadas, «*carry back*». Se logra con ello un efecto de equilibrio, de nivelación, de reparto de dicha compensación, al añadirse a la de los ejercicios posteriores para ser compensadas, una parte de las bases imponibles positivas de los cinco ejercicios anteriores en concepto de reserva de nivelación. Dicho reparto facilitará, obviamente, que dicha compensación se pueda producir sin quedar sometida a las limitaciones del art.26 de la LIS, facilitará, en definitiva, que la misma no se retrase por la aplicación de dichos límites, lo que constituye una ventaja adicional implícita. En los supuestos en los que no llegaran a producirse antes de la extinción de la entidad bases imponibles positivas posteriores de un importe superior al de las bases imponibles negativas que ya han sido objeto de compensación anticipada mediante la aplicación de la reserva de nivelación, no sólo se habría producido un diferimiento de la tributación, sino una verdadera reducción de la carga tributaria con respecto a la que se hubiera tenido que soportar de forma efectiva, al haberse hecho aprovechado mediante el «*carry back*» créditos fiscales que, de otra manera, no se hubieran podido aprovechar mediante el «*carry forward*».

Hay que tener presente además que, mientras que el «*carry forward*» de las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores ha de someterse a las limitaciones del art.26 de la LIS, el «*carry back*» de la reserva de nivelación no. Pudiera pensarse que no habría tal ventaja; desde el momento en que el segundo párrafo del art.26 se establece que «*En todo caso, se podrán compensar en el período impositivo bases imponibles negativas hasta el importe de 1 millón de euros.*» y el importe máximo que establece el segundo párrafo del apartado 1 del art.105 para la minoración por reserva de nivelación es del mismo importe, como hemos expuesto; pero no se establece en el art.105 límite alguno para la adición de las cantidades minoradas en concepto de reserva de nivelación durante los cinco ejercicios inmediatamente anteriores, con lo que podría compensar hasta cinco millones de euros provenientes de bases imponibles positivas de aquellos ejercicios con una base imponible negativa que, de otra manera, si tuviera que compensarse con una base imponible positiva futura de cinco millones de euros de un único ejercicio, sólo podría hacerse por el 70% de la misma⁴², 3.500.000

⁴² O menos, si le son aplicables los límites previstos en el apartado 1 de la «*Disposición adicional decimoquinta. Límites aplicables a las grandes empresas en períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2016.*»

euros, y la compensación de la base imponible negativa restante, 1.500.000, se tendría que diferir ulteriormente. Es cierto que las cantidades acumuladas en concepto de reserva de nivelación a adicionar a bases imponibles negativas futuras han estado sometidas a la limitación de partida establecida por el apartado 1 del art.105 de la LIS, el 10 por ciento de la base imponible positiva de cada uno de los ejercicios en que se dotaron las reservas, pero ello no impide que, acumuladas, puedan superar la limitación establecida por el apartado 1 del art. 26 de la LIS.

Resulta evidente, en relación con ello, la contradicción que supone el hecho de que la LIS, al tiempo que establece unas limitaciones, más que discutibles desde el punto de vista del principio de capacidad económica, al «*carry forward*», a la compensación de bases imponibles positivas con bases imponibles negativas de ejercicios anteriores, introduzca una medida como el «*carry back*» del art.105.1, que supone en la práctica una ampliación del ámbito de la compensación añadiendo un parte de las bases imponibles positivas de los ejercicios de los cinco años precedentes; aunque sea como un incentivo aplicable sólo por las ERD y condicionado a la dotación de una reserva indisponible.

4. El límite a la minoración por reserva de nivelación

4.1. Base imponible positiva y correcciones por reserva de nivelación de bases imponibles

El art.105.1 de la LIS establece como límite a la minoración por reserva de nivelación el 10 por ciento del importe de la base imponible positiva, con un límite de 1 millón de euros, o el importe proporcional si la duración del periodo impositivo tuviera una duración inferior al año. La referencia que establece el art.105.1, simplemente la base imponible positiva⁴³, en mi opinión, resulta técnicamente imprecisa.

Según se establece en el apartado 1 y 3 del art.10. de la LIS («*Concepto y determinación de la base imponible*»), «1. La base imponible estará constituida por el importe de la renta obtenida en el periodo impositivo minorada por la compensación de bases imponibles negativas de periodos impositivos anteriores». El número 3 del precepto dispone, por su parte, que «*En el método de esti-*

Los contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios sea al menos de 20 millones de euros durante los 12 meses anteriores a la fecha en que se inicie el periodo impositivo, aplicarán las siguientes especialidades:

1. Los límites establecidos (...), en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 26, (...), de esta Ley se sustituirán por los siguientes:

- El 50 por ciento, cuando en los referidos 12 meses el importe neto de la cifra de negocios sea al menos de 20 millones de euros pero inferior a 60 millones de euros.*
- El 25 por ciento, cuando en los referidos 12 meses el importe neto de la cifra de negocios sea al menos de 60 millones de euros.*

43 De la misma manera, el segundo párrafo del apartado 1 del art.52 de a Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades de Bizcaia, establece que la reducción de la base imponible por aplicación de la reserva especial para nivelación de beneficios «*no podrá superar el 15 por 100 del importe de la base imponible del periodo impositivo*».

mación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable...». El legislador, en el penúltimo párrafo del apartado 1 del art.25 de la LIS, a la hora de establecer el límite para la minoración por la reserva de capitalización, no se refiere simplemente a «la base imponible positiva del período impositivo previa a esta reducción (minoración)», sino que añade también «a la integración a que se refiere el apartado 12 del artículo 11 de esta Ley y a la compensación de bases imponibles negativas». Cabría deducir, en función de ello, que si el art.105 no ha hecho ninguna de las salvedades contenidas en el art.25, refiriéndose simplemente al «importe» de «su base imponible positiva», se está refiriendo al importe resultante después de aplicar las correcciones al resultado contable previstas en la LIS. Así lo consideran Malvárez y Martín, para quienes «a efectos del cálculo de la reserva de nivelación, sí deben tenerse en cuenta las bases imponibles negativas y las cantidades integradas en la base en virtud del artículo 11.12 de la LIS, pues ambas partidas forman parte de la base imponible, de acuerdo con el artículo 10.3 de la LIS»⁴⁴.

El segundo párrafo del apartado 1 del art.30 de la LIS, por su parte, dispone que:

«En el supuesto de entidades que apliquen lo dispuesto en el artículo 105 de esta Ley, la cuota íntegra vendrá determinada por el resultado de aplicar el tipo de gravamen a la base imponible minorada o incrementada, según corresponda, por las cantidades derivadas del citado artículo 105.»

lo que puede ser interpretado como una decisión del legislador acerca del orden en que hay que realizar las minoraciones y las adiciones en la base imponible en aplicación del art.105 de la LIS, que sería en último lugar, pero no necesariamente acerca de la base del cálculo del límite para la minoración. Creo que hubiera resultado técnicamente más preciso establecer de forma expresa como límite a la minoración por reserva de nivelación el 10 por ciento de la base imponible positiva previa a las correcciones de la propia reserva de nivelación, tanto por minoración como por adición, si así se decide que sea; de manera similar a lo expresamente dispuesto en el apartado 1 del art.25 en relación con la reserva de capitalización. Las minoraciones y adiciones por reserva de nivelación, aunque sean las últimas, no dejan de ser correcciones del resultado contable para el cálculo de la base imponible mediante la aplicación de uno de los preceptos de la LIS, el art.105, a las que hace referencia el apartado 3 del art.10.

Domínguez Corvo⁴⁵ también considera que el «...ajuste que lleva consigo el acogimiento de la reserva de nivelación...» (...) se ha de «...realizar con posterioridad a la obtención de la base imponible y a la compensación, en caso de que proceda, de las bases imponibles negativas derivadas de ejercicios anteriores», pero va más allá y afirma que «la LIS le da (...) un tratamiento diferenciado del resto de ajustes extracontables derivados de las divergencias entre la normativa contable y la fiscal. Mientras el resto de ajustes se efectúan para determinar la

⁴⁴ Malvárez Pascual, L. A. y Martín Zamora, M. P., «Las nuevas...» Op. Cit. p.151.

⁴⁵ Domínguez Corvo, L., (2018) La reserva de nivelación de la ley del Impuesto sobre Sociedades. Técnica Contable y Financiera, (6), p.42.

base imponible, el que ahora nos concierne constituye una nueva clase de ajuste».

De ser ello cierto, es claro que no sería necesario que en el art.105 se excluyeran expresamente de la base imponible dichos ajustes para determinar la base del cálculo del límite a la minoración, pero no creo que el segundo párrafo del apartado 1 del art.30 de la LIS, antes reproducido, pueda tomarse como justificación para ello. Creo que la base imponible minorada o incrementada por las cantidades derivadas del art.105 no deja de ser base imponible, y el propio párrafo primero del art.30 define la cuota íntegra como *«la cantidad resultante de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen»*, tanto si es una base imponible minorada o incrementada en virtud del art.105, como si no. Según el DRAE, *minorar* no es sino *«Reducir en cantidad, calidad o intensidad»* e *incrementar* *«Dar mayor extensión, número o materia a algo»*, algo que sigue siendo lo mismo en naturaleza, base imponible, aunque no lo sea en cantidad o número.

El que no se haga referencia expresa el art.105 de la LIS ni a las minoraciones del primer párrafo del apartado 1 ni a las adiciones a la base imponible previstas en el segundo párrafo del apartado 2 del propio art.105, según el cual el importe restante de la minoración por reserva de nivelación que no haya sido adicionado a las bases impositivas negativas de los períodos impositivos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos a dicha minoración se adiciona a la base imponible del último de ellos; aunque implique una imprecisión técnica o terminológica del mismo calado, no es exactamente equiparable. La razón sería que, mientras el cálculo del límite a las minoraciones por reserva de minoración de bases impositivas negativas, constituido por el 10 por ciento del importe de la base imponible positiva ha de hacerse necesariamente con carácter previo a la aplicación de la propia minoración, no sucedería lo mismo necesariamente con respecto a las adiciones por reserva de nivelación no aplicadas a la compensación de bases impositivas negativas. No se da con respecto a estas últimas el problema de la mera factibilidad del cálculo que se produciría con respecto a las minoraciones. Los importes de la reserva de nivelación no aplicada a bases impositivas negativas se adicionan a la base imponible del ejercicio de forma obligatoria y sin límite alguno. ¿Habría entonces que tener en cuenta el incremento de la base imponible del ejercicio como consecuencia de la adición en concepto de reserva de nivelación de un ejercicio anterior para el cálculo del límite a la minoración por reserva de minoración del propio ejercicio? Dicha adición, como la minoración, no deja de ser una corrección del resultado contable en aplicación de uno los preceptos establecidos en la Ley del IS, el segundo párrafo del apartado 2 del art.105, luego forma parte de la *«base imponible positiva»* cuyo importe se tomaría como base en el primer párrafo del apartado 1 del art.105 para determinar el límite a la minoración.

Desde un punto de vista sistemático, el que la regulación de la adición esté contenida en el apartado 2 del artículo, mientras que la del límite a la minoración se encuentre en el apartado 1, jugaría a favor de interpretar que este es aplicable primero y aquella después y, desde una perspectiva teleológica, puede pensarse que incrementar el límite a la minoración por reserva de nivelación con las adiciones por el mismo concepto es tanto como volver a anticipar la compensación de un 10 por ciento del 10 por ciento de la base imponible que ya fue minorado,

y su compensación, por tanto, anticipada. No obstante, desde el punto de vista de la finalidad del «*carry back*», la otra parte del incentivo a tener en consideración, no existiría inconveniente alguno para que una futura base imponible negativa pudiera ser compensada adicionalmente en parte de este importe, puesto que no ha sido utilizado a estos efectos.

Si no se tiene en cuenta la adición, el límite de la base imponible positiva susceptible de diferimiento en aplicación de la reserva de nivelación será menor, obviamente, al calcularse sobre una base inferior. Puede darse el caso, incluso, de que exista una base imponible del ejercicio negativa, previa a la aplicación de las correcciones por reserva de nivelación, pero menor que el importe a adicionar en tal concepto en dicho ejercicio. En tal caso, de aplicarse primero el cálculo del importe de la minoración, este sería cero, al calcularse su límite sobre una base imponible negativa «previa» a la aplicación del art.105, pero a continuación se adicionará obligatoriamente el importe de las reducciones de ejercicios anteriores no compensadas con bases imponibles negativas en el plazo que da la LIS y, en la medida en que superen el importe de la base imponible negativa del ejercicio, darán lugar a una base imponible positiva que, sin embargo, no se va a minorar en aplicación de lo establecido en el art.105. Con ello se pone de manifiesto en estos casos que esta interpretación supone, en mi opinión, corregir el concepto legal de base imponible positiva al que hace referencia el art.105, sin contar con una fundamentación legal clara para ello.

4.2. Base imponible positiva y bases imponibles negativas

Teniendo presentes los argumentos interpretativos antes expuestos, reforzados por el hecho de que la LIS dedica a la «*Compensación de bases imponibles negativas*» su art.26, dentro del Capítulo V «*Reducciones a la base imponible*» del Título IV «*La base imponible*», las ERD que tengan pendientes de compensación bases imponibles negativas de ejercicios anteriores verán disminuida la posibilidad de aprovechar el incentivo fiscal que supone el diferimiento del gravamen en concepto de reserva de nivelación, en la medida en que disminuyan la base imponible positiva del ejercicio que se toma como base para el cálculo de su importe, mediante la compensación con las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores. Esto supone, a mi modo de ver, un defecto de la vigente regulación, en la medida en que, cuando ambas se solapan, la compensación de bases imponibles negativas de periodos anteriores, el «*carry forward*», puede limitar el importe del «*carry back*» a aplicar en el futuro, cuando se obtengan bases imponibles negativas. Esta limitación, aunque no supone un perjuicio para el contribuyente en todos los casos, sí puede suponerlo en algunos, como voy a exponer a continuación.

No tendría ningún sentido que una entidad de reducida dimensión, con objeto de no disminuir la ventaja financiera que supone el diferimiento originado por la minoración por reserva de nivelación, retrasara la compensación de la renta positiva obtenida en el ejercicio con bases imponibles negativas de ejercicios anteriores. Con ello estaría retrasando la obtención del ahorro en cuota definitivo que obtendría el presente ejercicio, correspondiente al importe susceptible

de ser compensado, para obtener un diferimiento de tan sólo el 10 por ciento de este importe; ya que esta es la proporción que guarda la minoración por reserva de nivelación con la base imponible positiva sobre la que se calcula que se renuncia a compensar. Este efecto se produciría si se calculara la minoración máxima por reserva de nivelación sobre el importe la renta positiva obtenida en el ejercicio y se aplicara la misma antes de la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores; a la manera prevista en el art.25 de la LIS para la reducción por reserva de capitalización; porque ello podría hacer que quedara parte de la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores desplazada por la minoración por reserva de nivelación. No obstante, no se produciría necesariamente en todos los casos.

En primer lugar, en los supuestos en los que el importe las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores pendientes de compensación no superara el 90 por ciento de la base imponible previa a la minoración por reserva de capitalización y a la compensación de las propias bases imponibles negativas, el calcular y aplicar el importe de la reserva de nivelación sobre dicha base imponible previa no impediría en ningún caso la compensación de las bases imponibles negativas, dado que el importe máximo de la reducción por reserva de nivelación es el 10 por ciento de la misma. Sólo cuando las bases imponibles negativas pendientes de compensación superan ese umbral del 90 por ciento, el minorar dicha base imponible previa en un 10 por ciento en aplicación de la reserva de nivelación retrasaría la aplicación del crédito fiscal aplicable por las bases imponibles negativas.

En segundo lugar, hay que tener presente que, aunque de acuerdo con lo estipulado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 26 de la LIS, *«En todo caso, se podrán compensar en el período impositivo bases imponibles negativas hasta el importe de 1 millón de euros»*, por encima de dicho importe se compensarán con el límite previsto en el primer párrafo del precepto *«...del 70 por ciento de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización establecida en el artículo 25 de esta Ley y a su compensación»*, lo que implica necesariamente que cuando dicha base imponible previa iguale o supere el importe de 1.250.000⁴⁶ euros, con independencia de cuál sea el importe de las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores pendientes de compensación, la minoración del 10 por ciento del importe de dicha base imponible previa en aplicación de la reserva de nivelación no va a impedir la aplicación de la compensación de las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores en el importe máximo permitido en el ejercicio, al quedar la minoración, necesaria y matemáticamente, por debajo del importe del 30 por ciento de la base imponible positiva no compensable.

La minoración por reserva de nivelación, en su actual configuración, es una medida de alcance muy limitado⁴⁷ en cuanto a su efecto financiero, tal y como

46 Prescindiendo del efecto de la reducción por reserva de capitalización sobre la base de cálculo del límite de la reserva de nivelación. Si se tiene en cuenta dicho efecto, el importe a partir del cual la minoración del 10 por ciento del importe de la base imponible previa (sin computar la posible incidencia del art. 11.12 de la LIS) en aplicación de la reserva de nivelación no va a impedir la aplicación de la compensación del importe máximo permitido en el ejercicio de las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores sería de 1.388.888,88 euros.

47 En el mismo sentido Malvárez Pascual, L. A. y Martín Zamora, M. P., «Las nuevas...» Op. Cit. p. 115.

he mostrado, por lo que no parece necesario que se vea adicionalmente limitada en su aplicación por la compensación de bases impositivas negativas del art.26 de la LIS, una figura con la que se encuentra en una relación tan directa en cuanto a su sentido y finalidad. En mi opinión, sería más razonable, de mantenerse la actual configuración del incentivo y sin perjuicio de lo que propondré en este trabajo más adelante, establecer que el cálculo y aplicación del importe de la minoración en que consiste la reserva de nivelación se realizaran sobre la base imponible previa a la compensación de bases impositivas negativas siempre que ello favoreciera al contribuyente; es decir, en todos aquellos casos en los que el importe de la base imponible del ejercicio previa a la compensación de las bases impositivas negativas de ejercicios anteriores tenga un importe tal que permita aplicar la minoración por reserva de nivelación sin implicar un diferimiento de la compensación de las bases impositivas negativas, cualquiera que sea su importe: 1.250.000 euros⁴⁸, y también en los casos en los que el propio montante de las bases impositivas negativas pendientes de compensación no llegara al 90 por ciento de la base imponible previa a la compensación de bases impositivas negativas y la aplicación de la propia reserva de nivelación. Otra posibilidad para evitar el menoscabo del incentivo por reserva de nivelación podría ser que, para los supuestos en los que la compensación de bases impositivas negativas de ejercicios anteriores impidiera la aplicación de la minoración por reserva de nivelación, se estableciera también en relación con la misma, de forma similar a la que se establece en el último párrafo del apartado 1 del art.25 de la LIS para la reserva de capitalización, que *«en caso de insuficiente base imponible para aplicar la reducción, las cantidades pendientes podrán ser objeto de aplicación en los períodos impositivos que finalicen en los 2 años inmediatos y sucesivos al cierre del período impositivo en que se haya generado el derecho a la reducción, conjuntamente con la reducción que pudiera corresponder, en su caso, por aplicación de lo dispuesto en este artículo en el período impositivo correspondiente, y con el límite previsto en el párrafo anterior»*.

Las normas forales de Araba y Guipúzcoa establecen expresamente que la minoración de la base imponible por aplicación de la *«Reserva especial para nivelación de beneficios»* *«no podrá superar el 15 por ciento del importe de la base imponible del período impositivo, previa a la compensación de bases impositivas negativas»*. La minoración de la base imponible en concepto de *«Reserva especial para nivelación de beneficios»* podría resultar, en algunos casos y como se ha señalado, en perjuicio del contribuyente en la medida en que pudiera retrasar la compensación de bases impositivas negativas de ejercicios anteriores, supuestos en los que estaría retrasando una disminución definitiva de la cuota por la compensación de bases impositivas negativas a cambio del mero diferimiento que supone la *«Reserva especial para nivelación de beneficios»* foral, que si no llega a compensarse con bases impositivas negativas futuras en los plazos fijados en la normativa foral será meramente temporal y además se verá disminuida o anulada por la *«corrección positiva adicional»* prevista en la normativa foral correspondiente. En casos extremos, dado que la normativa foral, a dife-

⁴⁸ 1.388.888,88 euros si tenemos en cuenta el efecto de la reducción máxima por reserva de capitalización

rencia de la vigente LIS, establece plazos máximos⁴⁹ para la compensación de bases imponibles negativas, al impedir la misma no estaría simplemente difiriéndola, sino renunciando a dicha disminución definitiva de la cuota. Obviamente, cuando se produzcan tales efectos negativos, el contribuyente foral no debería acogerse a la «Reserva especial para nivelación de beneficios».

5. Reserva de nivelación de bases imponibles negativas y reserva de capitalización

Es claro, aplicando los mismos elementos interpretativos que venimos examinando, que la reducción por reserva de capitalización ha de tomarse en consideración a efectos de la determinación de la «base imponible positiva» sobre la que se calcula el límite de la minoración por reserva de nivelación⁵⁰. Sin embargo, pese a que el art.25.1 de la LIS no ha excluido expresamente, de «la base imponible positiva del período impositivo previa a esta reducción» que establece como base del cálculo del límite de la reducción por reserva de capitalización, las minoraciones o adiciones a la base imponible por reserva de nivelación; como sí hace, como se ha señalado, tanto con la propia reducción por reserva de capitalización como con la integración a que se refiere el apartado 12 del artículo 11 de la Ley y con la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores; sí cabe entender que dichas minoraciones o adiciones a la base imponible por reserva de nivelación están excluidas del cálculo de la base de la reserva de capitalización. Desde un punto de vista sistemático, puede argumentarse que la aplicación de la minoración por la reserva de nivelación no es «previa» a la de la reserva de capitalización, en cuanto que está regulada en el Capítulo XI, obviamente posterior al Capítulo V en el que se regula la reserva de capitalización, o que habría que aplicar primero las normas del régimen general antes de aplicar las normas de un régimen especial como es el de la ERD; pero este argumento llevaría también a excluir de dicho cálculo, consecuentemente, el resto de los incentivos fiscales también regulados en el mismo: la libertad de amortización del art.102, la amortización acelerada del art.103 y las pérdidas por deterioro de los créditos por posibles insolvencias de deudores del art.104. Sería lo dispuesto en el apartado 1 del art.30 de la LIS, interpretado en el sentido señalado de que constituye una decisión acerca del orden en el que hay que aplicar la reserva de nivelación, a falta de otra base más sólida, lo que nos llevaría a dicha conclusión. Este es el criterio administrativo que, de facto, ha adoptado la Administración Tributaria en su Manual práctico de Sociedades⁵¹, según el cual hay que aplicar primero la reducción por reserva de capita-

⁴⁹ Quince años que la normativa de Guipúzcoa, treinta la de Álava.

⁵⁰ En sentido contrario, Pallarés Rodríguez, M. d. R., & Jiménez de Cisneros Quesada, M. d. M. (2016). Las reservas de nivelación y de capitalización en las pymes. Gestión: Revista De Economía, (63), p.27: «El artículo 105 de la LIS no hace referencia a esta cuestión por lo que debemos entender que la reducción se calcula sobre la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización» y Malvárez Pascual, L. A. y Martín Zamora, M. P., «Las nuevas...», Op. Cit., p.152: «El artículo 105 de la LIS no hace referencia a esa cuestión, de lo que se puede deducir que la reducción se calcula sobre la base previa a la aplicación de la reserva de capitalización».

⁵¹ Agencia Tributaria. Manual práctico de Sociedades 2022. https://sede.agenciatributaria.gob.es/static_files/Sede/Biblioteca/Manual/Practicos/Sociedades/Manual_sociedades_2022.pdf p.565.

lización, sin tener en cuenta la minoración por reserva de nivelación, y posteriormente esta, teniendo en cuenta la reducción por reserva de capitalización. Este criterio favorece al contribuyente, en la medida en que, si tuviera que escoger, le resulta más ventajoso no rebajar el límite de una disminución definitiva de la tributación en aplicación de la reserva de capitalización que incrementar el límite de la reserva de nivelación que sólo proporciona un diferimiento⁵².

Otra cuestión relativa a la articulación entre la reserva de nivelación y la reserva de capitalización es la regulación contenida en la letra e) del apartado 2 del art.25 de la LIS, que, a los efectos de determinar el incremento de fondos propios que se toma como base para el cálculo de la reducción en la base imponible en concepto de reserva de capitalización y para determinar el mantenimiento del incremento de fondos propios en cada uno de los tres años en que este mantenimiento resulte exigible, excluye expresamente la toma en consideración, al inicio y al final del período impositivo, de la reserva indisponible que se dote «*por aplicación de lo dispuesto en el artículo 105 de esta Ley*»: la reserva de nivelación de bases impositivas negativas.

Aunque en el propio art.25 se diferencie entre «*Las reservas de carácter legal o estatutario*», a las que se refiere en su letra d), y a «*Las reservas indisponibles que se doten por aplicación de lo dispuesto en el artículo 105 de esta Ley*», que menciona expresamente en su letra e); en su contestación a la consulta vinculante V4962-16, de 15 de noviembre, la DGT afirmó que

«Dentro del concepto de reserva legal del artículo 25.2.d) de la LIS deben incluirse todas aquellas reservas cuya dotación venga impuesta por algún precepto legal, y no exclusivamente la reserva legal regulada en el artículo 274 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital».

Y en la misma línea, en términos aún más amplios, en la contestación a la consulta vinculante V2357-16 de 27 de mayo:

«A efectos de determinar el incremento de fondos propios que establece el apartado 2 del artículo 25 de la LIS, habrá de atenderse a los fondos propios de la entidad en el ejercicio 2015, es decir, a la diferencia de fondos propios entre el inicio y final del período impositivo 2015 en los términos establecidos en el artículo 25 de la LIS. A estos efectos, tal y como señala el apartado 2 de este precepto, no se computarán en los fondos propios, entre otras partidas, las reservas de carácter legal o estatutario. Dado que la reserva por inversión de beneficios tiene origen legal, no se computará en los fondos propios a tener en cuenta en relación con la reserva de capitalización.»

⁵² No obstante, conviene señalar que la normativa foral de Araba y Guipuzkoa resultan más favorables para el contribuyente a este respecto, puesto que no tiene que escoger entre ambos incentivos, dado que establecen como límite a la reducción de la base imponible por aplicación de la «*Reserva especial para nivelación de beneficios*», «*el 15 por ciento del importe de la base imponible del período impositivo, previa a las correcciones previstas en este capítulo*» entre las que se encuentra la «*Compensación para fomentar la capitalización empresarial*», que se deduce de la base imponible por el incremento del patrimonio neto a efectos fiscales, con lo que la reducción por «*Reserva especial para nivelación de beneficios*» no disminuye su límite.

Reserva por inversión de beneficios que es, precisamente, el antecedente inmediato de la reserva de capitalización, por lo que su «origen legal» no es otro que la propia ley fiscal, como el de las reservas de nivelación y de capitalización.

Sin embargo, La DGT en su contestación a la Consulta Vinculante V1854-19, de 16 de julio, en relación con la reserva de capitalización, ha afirmado posteriormente lo siguiente:

«No obstante, una interpretación razonable de la norma lleva a considerar que la propia reserva de capitalización no debería tener el carácter de reserva cuya dotación venga impuesta por algún precepto legal a estos efectos, dado que puede considerarse que la aplicación práctica de tal interpretación podría conllevar efectos no deseados por la norma, en el sentido de que su dotación, requisito para aplicar el incentivo, supondría un menor importe de los fondos propios a efectos de la aplicación del mismo.

De acuerdo con lo anterior, la reserva de capitalización dotada según lo dispuesto en el artículo 25 de la LIS se tendrá en cuenta a los efectos de determinar el incremento de los fondos propios y el mantenimiento de dicho incremento de acuerdo con lo señalado en el apartado 2 del citado artículo. Esto es, se considerará que forma parte de los fondos propios existentes al cierre o al inicio del ejercicio, de la misma forma que el resto de partidas integrantes de los fondos propios no excluidas del cómputo del mencionado incremento y del mantenimiento del mismo».

Teniendo además presente, como señaló Labaut Serer, que con la dotación de la reserva de capitalización:

«En el fondo se están retrayendo recursos obtenidos en el ejercicio anterior, y se está autofinanciando la empresa; en consecuencia, si el objetivo que se pretende con el beneficio fiscal de la minoración de la base imponible es la autofinanciación, este se ve cumplido y en consecuencia debería tenerse en cuenta»⁵³.

Pues bien, si lo anterior es cierto por lo que se refiere a la reserva de capitalización ¿no lo es también en lo que se refiere a la reserva de nivelación de bases imponibles? También su dotación se hará a cargo de los recursos obtenidos en el ejercicio anterior, o en el primero que sea posible, para autofinanciar la empresa, lo que sirve también al objetivo de incremento del patrimonio neto. Parece difícil justificar el que; siendo la reserva de nivelación de bases imponibles, como lo es la reserva de capitalización, una reserva indisponible que persigue esa misma finalidad; reciba un tratamiento distinto a estos efectos. Parece evidente que en ninguno de los dos casos estamos ante «reservas de carácter legal», en el sentido de la letra d) del art.25, como se reconoce en la Consulta Vinculante V1854-19 en relación con la reserva de capitalización y está implícito en la propia mención expresa que se hace a la reserva de nivelación de la letra e) del mismo precepto, que sería redundante si se pudiera entender que la misma se encuentra entre las «reservas de carácter legal» de la letra anterior.

⁵³ Labaut Serer G., La reserva de capitalización de años anteriores: ¿se puede utilizar como incremento de los fondos propios? (2018) Cont4bl3, N°. 65, 2018.p.10.

Este tratamiento de la reserva de nivelación de bases impositivas negativas como una reserva legal puede suponer además un obstáculo a la consecución efectiva de la finalidad perseguida por la reserva de capitalización. Al no ser tenida en cuenta la reserva de nivelación, no sólo a efectos de determinar el incremento de los fondos propios, sino tampoco a efectos de determinar el mantenimiento de dicho incremento, si la entidad, una vez que la reserva se ha convertido en una reserva de libre disposición por transcurso del plazo previsto en el art.105, o al haberse adicionado a una base imponible negativa, decide repartir la reserva de nivelación entre los accionistas, se estará produciendo una disminución de los fondos propios en el mismo importe, disminución que, sin embargo, no va a ser tenida en cuenta a efectos del art.25 de la LIS y, por lo tanto, no va implicar la pérdida de la reducción de la tributación en concepto de reserva de capitalización.

Cabe interpretar que la voluntad del legislador al excluir del cómputo de los fondos propios la reserva de nivelación era no duplicar el incentivo asociado al compromiso asumido por el contribuyente de no disponer del importe de la reserva de nivelación hasta que la minoración se adicione a la base imponible del IS; pero parece incongruente que sí vuelva a computarse la reserva de capitalización como base del cálculo de la reserva de capitalización del ejercicio siguiente, que también se dota para cumplir con las exigencias derivadas de la aplicación de la reducción en la base imponible, dando lugar a una nueva reducción; en ambos casos estamos ante una dotación «voluntaria» de las reservas, aunque sea para poder acogerse a un beneficio fiscal; más «voluntaria» en realidad en el caso de la reserva de nivelación, dado que el incentivo fiscal es menor que el proporcionado por la reserva de capitalización.

6. Conclusiones

La reserva de nivelación de bases impositivas negativas mezcla dos finalidades, el incentivo al incremento de los fondos propios, que se articula mediante la obligación de dotar una reserva indisponible para obtener un diferimiento de la tributación de hasta el 10 por ciento de la base imponible del ejercicio, y posibilitar la anticipación de la compensación de bases impositivas negativas de hasta el 10 por ciento de las bases impositivas positivas de los últimos cinco ejercicios, el denominado «*carry back*», también condicionado a la dotación de las reservas y que, de producirse, funciona como una prolongación del diferimiento. Ambas finalidades, a mi juicio, podrían y deberían perseguirse de forma más eficiente separadamente.

Quizá la crítica mayor que cabe hacer a la reserva de nivelación de bases impositivas negativas es que la finalidad de incentivo al incremento de los fondos propios, con la que se ha justificado su establecimiento⁵⁴, no se logra necesariamente con la dotación de la reserva indisponible. En primer lugar, como

⁵⁴ Cordero ve una finalidad de garantía del pago de la deuda la previsión de que la reserva se dote con cargo a los resultados positivos del ejercicio en que se realice la minoración en base imponible. Cordero González, E.M., Las bases impositivas negativas en el Impuesto sobre Sociedades, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

señalan Malvárez y Martín, la medida «*no se relaciona con los beneficios o pérdidas contables, sino con las bases imponibles positivas o negativas*»⁵⁵. En segundo lugar, de producirse efectivamente el efecto del incremento de los fondos propios como consecuencia de la dotación de la reserva indisponible, el mismo no ha de mantenerse durante cinco años mediante el mantenimiento de la reserva en el balance, sino sólo desde el momento en que se dote hasta el que sea objeto de adición a la base imponible o de compensación con una base imponible negativa posterior. La reducción, en su regulación actual, sólo exige que se dote una reserva y no se disponga de su importe, equivalente a la minoración practicada, desde el momento de su dotación; momento que puede ser posterior al ejercicio en que se aplica la minoración e incluso posterior al ejercicio en que deja de ser indisponible, como se ha expuesto; hasta cinco años después, no de la dotación, sino de la minoración; o hasta que se adicionen los importes minorados a bases imponibles negativas dentro de tal plazo. En tercer lugar, con la dotación de la reserva indisponible no se está exigiendo necesariamente un incremento neto de los fondos propios; ni en el ejercicio de la minoración de la base imponible, ni en el de la dotación de la reserva. Tampoco se impide que la entidad los disminuya posteriormente durante el tiempo en que la reserva es indisponible, siempre que no lo haga con cargo a la reserva de nivelación sino con cargo a otras reservas de libre disposición⁵⁶. Adicionalmente, el reparto de la reserva de nivelación como dividiendo una vez que deja de ser indisponible, aunque obviamente implique una disminución de los fondos propios de la entidad, no tiene aparejada la pérdida de la reducción por reserva de capitalización por falta de mantenimiento del nivel de incremento de los fondos propios que da lugar a la misma, al no tenerse en consideración a estos efectos por tratarse como una reserva legal.

La articulación, en la vigente normativa, entre el «*carry back*» que permite la reserva de nivelación de bases imponibles negativas y el «*carry forward*» del art. 26 de la LIS es insatisfactoria, al limitar en ocasiones el segundo, a mi juicio innecesariamente, el primero; también lo es la articulación entre reserva de capitalización y reserva de nivelación, al disminuir también la aplicación de la primera la cuantía de la segunda innecesariamente y al no computarse la segunda a efectos del cálculo del incremento y mantenimiento de los fondos propios exigido por la primera. La determinación de lo que ha de entenderse como importe de base imponible positiva que constituye la base de la minora-

⁵⁵ Malvárez Pascual, L. A. y Martín Zamora, M.P., «Las nuevas...» Op. cit. p.160:

⁵⁶ No sería del todo correcta, en relación con ello, la afirmación de Calvo Vergez en el sentido de que «*la constitución de esta reserva de nivelación exigirá a las entidades desviar recursos, pudiendo llegar a plantear a las pymes un coste de oportunidad, ya que podría representar mucho esfuerzo acumular remanentes en momentos como los actuales por la situación del balance de las pymes y sus necesidades de financiación del circulante.*» Calvo Vergez, J., Principales novedades del Impuesto sobre Sociedades para el ejercicio 2015. *Aranzadi digital num. 1/2016*. https://insignis-aranzadidigital-es.eu1.proxy.openathens.net/maf/app/document?sruid=i0ad6adc6000001891b4f6fdd2dba930a&marginal=BIB\2016\3287&docguid=I20e895c0374a11e6a23d01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=2&epos=2&td=1&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=, por el contrario, dotar la reserva y que la misma sea indisponible supone que la entidad va a mantener en el balance recursos por importe equivalente a la dotación durante los ejercicios en que mantenga este carácter, recursos que podrá utilizar con la finalidad que estime más oportuna. La indisponibilidad de la reserva no impide disponer de los recursos dentro de la empresa.

ción por reserva de nivelación es imprecisa técnicamente, también por lo que se refiere a las propias adiciones a la base imponible que implica la mecánica de su aplicación en algunos casos.

El incentivo al mantenimiento de la reserva en el balance que supone la reserva de nivelación, tal y como está diseñada en la actualidad, es escaso y resulta distorsionado en su aplicación a entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios del período impositivo inmediato anterior sea inferior a 1 millón de euros que aplican un tipo de gravamen diferente en el momento del diferimiento y en el momento de la incorporación a la base imponible del importe diferido. Es un incentivo de menor entidad que el que supone el incentivo al incremento y mantenimiento de los fondos propios que constituye la reserva de capitalización, tanto por la propia naturaleza del incentivo, mero diferimiento frente a la reducción definitiva de la tributación, como por el hecho de que la base del cálculo del límite máximo a la reducción por reserva de capitalización es mayor que el de la reserva de nivelación de bases imponibles, al no quedar minorado ni por las bases imponibles negativas que sean objeto de compensación en el ejercicio ni por el importe de la reserva de capitalización misma. Además es un incentivo menos eficaz al ser más incierto, puesto que tendrá mayor o menor entidad en función de la duración del diferimiento, lo que va a estar en función de los años que tarde en adicionarse su importe a las bases imponibles negativas de los cinco años inmediatos y sucesivos y, de llegar a compensarse con bases imponibles negativas dentro de dicho plazo, en función de que se prolongue más o menos en forma de «*carry back*» propiamente dicho, circunstancias todas ellas que no pueden ser conocidas con certeza en el momento en que se dota la reserva.

Por todo ello, para incentivar adicionalmente la utilización de fondos propios frente a financiación ajena por parte de las ERD, considero que sería más adecuado simplemente incrementar el porcentaje y los límites de la reserva de capitalización para estas entidades, tal y como hacen las haciendas forales, y suprimir el magro, incierto y técnicamente pobre incentivo al empleo de fondos propios que supone la vigente normativa de la reserva de nivelación; una reserva de capitalización incrementada para las ERD, no necesariamente duplicada, que resulta más cierta, de mayor entidad y, quizá lo más importante, que sí que exige el incremento y mantenimiento de los fondos propios para su aplicación. Con ello desaparecerían, obviamente, los problemas que plantea la articulación de ambas reservas y los de articulación de la reserva de nivelación con la compensación de bases imponibles positivas del art.26 de la LIS.

La posibilidad de compensación de las bases imponibles negativas con parte de las bases imponibles positivas de ejercicios anteriores, el denominado «*carry back*», podría articularse fácilmente de manera que se limitara estrictamente a su finalidad, la anticipación de la compensación de bases imponibles negativas, sin mezclarla con el incentivo al incremento de los fondos propios de la reserva de nivelación. Bastaría con que, en el ejercicio en que se produjeran bases imponibles negativas, se permitiera su compensación con un porcentaje, que podría seguir siendo el mismo 10 % actual, de las bases imponibles positivas de ejercicios anteriores, que podrían seguir siendo también los cinco de la vigente normativa, momento en que se reintegraría al contribuyente la cuota correspon-

diente a la base imponible positiva de ejercicios anteriores que está compensando. No sería necesario dotar ninguna reserva con este fin. El anticipo que supone actualmente la minoración en la bases imponible por la dotación de la reserva de nivelación se sustituiría por la reducción definitiva en concepto de reserva de capitalización adicional para estas entidades, al tiempo que se mantendría la ventaja que, en la vigente normativa implica el «*carry back*» por sí mismo, la que supone anticipar la compensación de bases impositivas negativas, frente a tener que esperar para la aplicación del «*carry forward*» hasta que se generen bases impositivas positivas en periodos posteriores.

Anticipar a través del «*carry back*» la compensación de bases impositivas negativas con parte de las bases impositivas positivas de ejercicios anteriores, no debería, en mi opinión, ser una ventaja fiscal concedida sólo a un determinado tipo de entidades, sean las ERD u otras, ni debería estar condicionado a cumplir con determinados requisitos dirigidos a lograr una finalidad particular. El «*carry back*» debería aplicarse a todas las entidades gravadas por el IS, simplemente para paliar la flagrante desigualdad con la que el impuesto trata actualmente a los contribuyentes en función de cómo se distribuya en el tiempo su capacidad económica entre bases impositivas positivas y negativas, y no en función de que esta capacidad económica sea realmente mayor o menor.

En todo caso, tal y como afirma Montesinos, «*esta institución puede y debe asociarse a exigencias más acendradas de justicia tributaria que trascienden la mera finalidad extrafiscal de incentivar conductas económicas deseables para el legislador. Entender lo contrario sería tanto como afirmar que nada cabría reprochar a éste, desde el punto de vista del principio de capacidad económica, si no la contemplara, es decir, si la norma ordenara aplicar de forma inmisericorde el dogma de la independencia de los períodos impositivos.*»⁵⁷. Creo que, en cuanto que se impide a las empresas que no se pueden acoger a los incentivos fiscales para ERD la compensación de bases impositivas negativas con las bases impositivas positivas de ejercicios anteriores, se está incurriendo también en la misma lesión del principio de capacidad económica que ha denunciado el profesor Zornoza con respecto a las limitaciones a la compensación de bases impositivas negativas con bases impositivas positivas de ejercicios posteriores, que se han venido introduciendo en nuestro ordenamiento. En la medida en que la limitación a la compensación de bases impositivas negativas; ya sea con bases impositivas positivas posteriores o anteriores; lleve a la imposibilidad de su compensación antes de la disolución de la sociedad, resultaría lesiva del principio de capacidad económica en su vertiente del denominado gravamen del neto objetivo, en la jurisprudencia del *Bundesfinanzhof*, que implica que los impuestos sobre la renta no pueden recaer sobre los ingresos brutos y deben permitir, en la generalidad de los casos, la deducción de los gastos incurridos para la obtención de tales ingresos. Un argumento trasladable, como afirma el profesor Zornoza, a los casos en los que las limitaciones a la compensación se prolongan de manera continuada en el tiempo y hacen posible un gravamen, ejercicio tras ejercicio, de una capacidad económica que no es real por no corresponder a la renta neta. A mi modo de ver no habría diferencia entre los casos en que dicho gravamen injustificado es causado por un diferimiento de la

⁵⁷ Montesinos Oltra, S., «La compensación ...». Op. cit.

compensación por las limitaciones a la compensación de bases imponible positivas posteriores y en los que es causado por las limitaciones al «*carry back*»⁵⁸. Desde una perspectiva puramente económica, una pérdida debería implicar una devolución inmediata del valor fiscal de la misma, u otra medida que asegure de manera equivalente que la compañía reciba la totalidad del valor de la compensación de la pérdida⁵⁹.

En mi opinión, también la limitación del «*carry back*», tal y como pone de manifiesto el profesor Zornoza en relación con el «*carry forward*»:

*«...es problemática desde la perspectiva del principio de capacidad económica, al desconocer que el tributo en cuestión tiene un hecho imponible de carácter duradero, que se fracciona convencionalmente por razones de practicabilidad que, sin embargo, no pueden llevar a perder de vista la incidencia que los hechos de períodos impositivos anteriores tienen en la medida de la capacidad económica de los ejercicios posteriores. (...) en los tributos cuyo hecho imponible es de carácter duradero es imprescindible que su medición tenga en cuenta los hechos ocurridos en períodos impositivos anteriores, puesto que la periodicación es en sí misma una mera convención al servicio de la practicabilidad, que no puede determinar que la cuantía del gravamen se vea alterada»*⁶⁰.

Son argumentos trasladables, a mi juicio palabra por palabra, de las limitaciones al «*carry forward*» para los que fueron escritas, a las limitaciones al «*carry back*» que establece la normativa vigente. Por lo mismo que no resulta, a mi modo de ver, justificable la desigualdad, medida en términos de capacidad económica, que supone retrasar la compensación de bases imponible positivas con bases imponible negativas de ejercicios anteriores cuando aquellas superan el millón de euros, no resulta justificable la desigualdad que supone ese mismo retraso cuando deriva de la imposibilidad de compensar esas mismas bases imponible negativas con parte de las bases imponible negativas de ejercicios anteriores. Se está otorgando un tratamiento desigual a quienes, en términos de capacidad económica, se encuentran en una situación equivalente.

7. Bibliografía

Agencia Tributaria. Manual práctico de Sociedades 2022.

https://sede.agenciatributaria.gob.es/static_files/Sede/Biblioteca/Manual/Practicos/Sociedades/Manual_sociedades_2022.pdf

Calvo Vergez, J., Principales novedades del Impuesto sobre Sociedades para el ejercicio 2015. *Aranzadi digital*/ num. 1/2016.

⁵⁸ Zornoza Pérez, J., (2019) El impuesto sobre sociedades: un análisis desde las principios constitucionales tributarios en Deloitte (Coord..) (2019) *Imposición sobre el beneficio empresarial. Evolución reciente, perspectivas de futuro*. Fundación Impuestos y Competitividad. pp.136-137

⁵⁹ OCDE (2011) Policy issues in the tax treatment of losses en *Corporate loss utilization through aggressive tax planning*. OECD publishing. p.26.

⁶⁰ Zornoza Pérez, J., (2019) El impuesto ... Op. cit. pp. 160-162.

https://insignis-aranzadidigital-es.eu1.proxy.openathens.net/maf/app/document?srguid=iOad6adc6000001891b4f6fdd2dba930a&marginal=BIB\2016\3287&docguid=I20e895c0374a11e6a23d010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=2&epos=2&td=1&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=

Cordero González, E.M., Las bases impositivas negativas en el Impuesto sobre Sociedades, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

Domínguez Corvo, L., (2018) La reserva de nivelación de la ley del Impuesto sobre Sociedades. *Técnica Contable y Financiera*, (6), pp.35-51.

García Gómez de Zamora, «Las nuevas reservas de capitalización y nivelación y la compensación de bases impositivas negativas en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades» Carta Tributaria – Monografías, núm. 4/ 2015, (LA LEY 2619/2015), págs. 2-14.

García Muñoz, J. C. y Costas Rodríguez, R., Reales Decretos-Ley 2/2016 y 3/2016: Impuesto mínimo, pago fraccionado mínimo y compensación de bases impositivas negativas. en Deloitte (Coord.) (2019) *Imposición sobre el beneficio empresarial: Evolución reciente, perspectivas de futuro*. Fundación Impuestos y Competitividad. pp.395-425

Labaut Serer G., (2018) La reserva de capitalización de años anteriores: ¿se puede utilizar como incremento de los fondos propios? Cont4bl3, Nº. 65, 2018, págs. 7-10p

Lasarte López, R., & Jiménez Cardoso, S. M. (2015). La reserva de nivelación en el nuevo impuesto sobre sociedades. Cuestiones prácticas tributarias y contables. *Crónica Tributaria*, (155), pp.111-131.

Malvárez Pascual, L. A. y Martín Zamora, M. P., «Las nuevas reducciones de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades: las reservas de capitalización y nivelación», Revista de Contabilidad y Tributación, nº 383, 2015, págs. 109-162.

Montesinos Oltra, S., «La compensación de bases impositivas negativas: ¿es un derecho de crédito?», Carta Tributaria, nº 24, 2017, págs. 41-56.

OCDE (2011) Policy issues in the tax treatment of losses en *Corporate loss utilization through aggressive tax planning*. OECD publishing. pp.25-28.

OCDE (2011) Country rules on corporate tax losses en *Corporate loss utilization through aggressive tax planning*. OECD publishing. pp.29-39.

Pallarés Rodríguez, M. d. R., & Jiménez de Cisneros Quesada, M. d. M. (2016). Las reservas de nivelación y de capitalización en las pymes. *Gestión: Revista De Economía*, (63), 21-29.

Pérez Galdón, B., Las pymes obtienen financiación al 3%, el nivel más alto desde 2015. en *Expansión*. 25 de abril de 2023. <https://cincodias.elpais.com/extras/pymes/2023-04-25/las-pymes-obtienen-financiacion-al-3-el-nivel-mas-alto-desde-2015.html>

Quintana Elena, I., & Gómez Marín, M. (2019). El impuesto sobre sociedades y financiación empresarial. fondos propios vs. fondos ajenos. Limitación a la deducibilidad de los gastos financieros y reserva de capitalización. en Deloitte (Coord.) (2019) *Imposición sobre el beneficio empresarial: Evolución reciente, perspectivas de futuro*. Fundación Impuestos y Competitividad. pp. 217-256

Tobes Portillo, P., Salas Suarez, A. Cárdenas Cárdenas G., Angoitia Grijalba, M., y García Gámez S., (2019) Análisis estadístico del impuesto sobre sociedades. en Deloitte (Coord.) (2019) *Imposición sobre el beneficio empresarial. Evolución reciente, perspectivas de futuro*. Fundación Impuestos y Competitividad. pp. 29-104.

Zornoza Pérez, J., (2019) El impuesto sobre sociedades: un análisis desde los principios constitucionales tributarios en Deloitte (Coord.) (2019) *Imposición sobre el beneficio empresarial. Evolución reciente, perspectivas de futuro*. Fundación Impuestos y Competitividad. pp.119-150.