

TRIBUTACIÓN

**NOVEDADES TRIBUTARIAS EN MATERIA
DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES (I)**

**Núm.
9/2002**

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas

Extracto:

LA Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha modificado un importante número de artículos de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, de manera tal que muy probablemente estemos en presencia de la propia reforma del Impuesto sobre Sociedades. El nuevo régimen de las plusvalías, el reconocimiento de la eficacia fiscal del denominado fondo de comercio financiero, o la nueva redacción de los artículos relativos a la consolidación fiscal son buena muestra del importante calado de la reforma. Los comentarios contenidos en la presente colaboración, en cuanto producidos inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley 24/2001, únicamente tratan de ofrecer orientaciones incipientes.

Sumario:

1. Entidades exentas.
2. Concepto y determinación de la base imponible.
 - 2.1. Las modificaciones relativas al método de estimación directa.
 - 2.2. Las modificaciones relativas al método de estimación objetiva.
3. El fondo de comercio financiero.
 - 3.1. La determinación del fondo de comercio financiero.
 - 3.2. Los efectos fiscales del fondo de comercio financiero.
 - 3.3. Valores calificados para la deducción de la amortización del fondo de comercio financiero.
 - 3.4. Relación entre la amortización del fondo de comercio financiero y la provisión por depreciación.
 - 3.5. Relación entre la amortización del fondo de comercio financiero y la recuperación de valor.
 - 3.6. Relación entre la amortización del fondo de comercio financiero y la deducción para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías.
 - 3.7. Relación entre la amortización del fondo de comercio financiero y la plusvalía obtenida en la transmisión de la participación.
 - 3.8. Incompatibilidad con la deducción del artículo 34 de la Ley 43/1995.
 - 3.9. Aplicación de la norma en el tiempo.
 - 3.10. El fondo de comercio explícito.
 - 3.11. El fondo de comercio financiero del segundo y ulteriores niveles.

4. Provisión para insolvencias.
5. Contribuciones de promotores de fondos de pensiones.
6. Compensación de bases imponibles negativas.
 - 6.1. Ampliación del plazo de compensación.
 - 6.2. Bases imponibles liquidadas o autoliquidadas.
 - 6.3. Forma de acreditar la pérdida compensable.
 - 6.4. Efectos de la minoración de la base imponible.
7. La subcapitalización.
8. Las deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades.
 - 8.1. Introducción.
 - 8.2. La deducción por I + D.
 - 8.3. Deducción cinematográfica y audiovisual.
 - 8.4. Deducción por aprovechamiento de fuentes de energía renovables.
 - 8.5. Deducción por contribuciones empresariales para la cobertura de pensiones.
9. La deducción por reinversión.
 - 9.1. Tributación de las plusvalías: aspectos generales.
 - 9.2. Requisitos de la deducción.
 - 9.3. Período impositivo en el que se aplica la deducción.
 - 9.4. Fuente financiera de la reinversión.
 - 9.5. Base de cálculo de la deducción.

- 9.6. La deducción del artículo 36 ter y la deducción para evitar la doble imposición de dividendos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - 9.7. La deducción del artículo 36 ter y la deducción para evitar la doble imposición de dividendos del artículo 28.
 - 9.8. La deducción del artículo 36 ter y la deducción para evitar la doble imposición económica internacional del artículo 20 bis).
 - 9.9. Aplicación temporal de la deducción por reinversión.
10. Normas comunes a la deducción del Capítulo IV del Título VI.
- 10.1. Límites de las deducciones.
 - 10.2. Aplicación de los excesos.
 - 10.3. Mantenimiento de los elementos patrimoniales.

1. ENTIDADES EXENTAS

El artículo 2.Uno de la Ley 24/2001, ha dado nueva redacción al artículo 9 de la Ley 43/1995, con una doble finalidad:

- De carácter sistemático, a los efectos de incluir en el conjunto de las entidades exentas del artículo 9 a las entidades amparadas en el Título II de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, y en el Capítulo XV del Título VIII de la Ley 43/1995.
- De carácter sustantivo, para incluir entre las entidades amparadas en el régimen del Capítulo XV del Título VIII a la entidad Puertos del Estado y Autoridades Portuarias.

Tras la nueva redacción del artículo 9 de la Ley 43/1995, las entidades se clasifican en tres grupos frente al Impuesto sobre Sociedades: las sujetas y no exentas, las sujetas y exentas parcialmente y las sujetas y exentas totalmente. Es importante notar que las entidades que obtienen rentas de fuente extranjera exentas por aplicación del artículo 20 bis) pertenecen a la primera categoría. En efecto, la exención del artículo 20 bis) no es, propiamente, una exención, sino un método para eliminar la doble imposición económica internacional, y también jurídica, que se instrumenta a través de una exención de carácter técnico.

Respecto de las entidades amparadas en el Capítulo XV del Título VIII de la Ley 43/1995 y en el Título II de la Ley 30/1994, la nueva redacción del artículo 9 afirma que están «parcialmente exentas», para significar que una parte de las rentas que obtienen disfrutan de exención. La tributación de estas entidades no por ello ha variado.

La verdadera novedad sustantiva es la exención parcial de la entidad Puertos del Estado y Autoridades Portuarias. Se trata de la exención de carácter parcial del Capítulo XV del Título VIII, y será aplicable para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2002.

2. CONCEPTO Y DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE

El artículo 2.Dos de la Ley 24/2001 ha dado nueva redacción al artículo 10 de la Ley 43/1995.

Si hay un precepto emblemático en la Ley 43/1995, es el artículo 10, y más precisamente su apartado 3. Y en relación con el mismo, el artículo 148, también de la Ley 43/1995. En efecto, aquel precepto define y concreta jurídicamente un modelo de determinación de la base imponible a través del resultado contable. Podrá discutirse si tal modelo es una aportación original de la Ley 43/1995, o más bien la explicitación de un modelo que siempre había estado presente en el Impuesto sobre Sociedades, lo que parece más acertado, pero no es dudoso que se trata, probablemente, del precepto más caracterizado de una ley que nació con la vocación de adecuar la normativa fiscal a la mercantil.

La nueva redacción del artículo 10 reproduce literalmente el apartado 3, pero retoca el artículo 148, ambos de la Ley 43/1995. La nueva redacción del artículo 10 ha tenido por objeto dar cabida en el Impuesto sobre Sociedades al método de estimación objetiva.

2.1. Las modificaciones relativas al método de estimación directa.

Como hemos apuntado el método de estimación directa sólo ha sufrido una modificación tangencial concretada en la nueva redacción del artículo 148 de la Ley 43/1995. La nueva redacción establece que «A los efectos de determinar la base imponible la Administración tributaria aplicará las normas a que se refiere el artículo 10.3 de esta Ley».

El precepto es sorprendente. ¿Qué otras normas habría de aplicar la Administración tributaria para determinar la base imponible sino aquellas que la ley establece a tal efecto? ¿Es que la Administración tributaria se había lanzado en el ejercicio de la potestad de comprobación a la aplicación de normas esotéricas y el legislador ha considerado necesario poner coto a excesos reiterados? ¿Es que al amparo de la precedente redacción del artículo 148 la Administración tributaria había invadido el campo de lo mercantil imponiendo a tales efectos determinaciones administrativas del resultado contable?

No tenemos noticia de semejantes irregularidades en el proceder administrativo.

Probablemente la modificación del artículo 148 obedezca a las incertidumbres que en los momentos iniciales suscitó su redacción original. El profesor Alberto GARCÍA MORENO ofrece un resumen muy completo de las diferentes interpretaciones que ha motivado el artículo 148 ¹.

¹ *La base imponible del Impuesto sobre Sociedades*. Tecnos, 1999, págs. 347 y siguientes.

FERREIRO sostiene que «...por muy extraño que parezca, aunque el contribuyente lleve una contabilidad impoluta, la Administración puede después en el procedimiento de comprobación, rehacer dicha contabilidad y, aun dejándola sin tacha en otros ámbitos (notoriamente el mercantil), determinar otra base imponible –distinta de la que ha cuantificado el sujeto pasivo–, aplicando otros criterios de valoración dentro de las opciones que el PGC permite...». («Sobre la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades» *QF* n.º 5, 1996).

FALCÓN Y TELLA sostiene una interpretación más moderada, al afirmar que «...la Inspección habrá de limitarse a comprobar si el empresario se ha movido dentro de los márgenes de apreciación que la legislación mercantil le otorga, y si esta relativa libertad se ha utilizado en función de la realidad económica y financiera de la empresa y no únicamente por motivos fiscales, variando algún criterio de un ejercicio a otro con el único fundamento de reducir la renta, en contra de la normativa mercantil...». («La relativa facultad de la Administración para determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades: en torno al artículo 148 LIS» *QF* n.º 8, 1996).

NAVAS VÁZQUEZ propone una interpretación correctiva del artículo 148, en el sentido de que «...la Administración puede comprobar la correcta aplicación de las normas que sirven para determinar la base imponible, pero no puede determinar el resultado contable, porque no puede sustituir el conjunto de valoraciones que llevan al empresario a decidir, dentro de las normas y, excepcionalmente, fuera de ellas... su resultado contable...» (cita tomada de *Impuesto sobre Sociedades: aspectos fundamentales*. Isabel GARCÍA-ORIES SARANDESES. Lex Nova. Pág. 226).

PONT MESTRES mantiene que «...puesto que las facultades correctoras de la Administración ante resultados contables erróneos ya existían como tales, no siendo necesario el artículo 148 para ejercitarlas, el contenido de dicho precepto habría de ser reconducido a una facultad susceptible de aplicarse a casos singulares, en los que la sociedad contribuyente hubiese omitido la aplicación de las normas contables o las aplicadas lo hubieran sido erróneamente, con lo que el artículo 148 tendría una aplicación limitada a modo de cláusula de cierre...». (Acerca de la facultad de la Administración para determinar el resultado contable a tenor del artículo 148 de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades; *GF* n.º 147, 1996).

GOTA LOSADA ha acuñado, al hilo del artículo 148, el denominado principio de calificación contable, que implica una facultad de la Administración de interpretar autorizadamente la normativa con independencia de la calificación que haya realizado el sujeto pasivo en su declaración, de manera tal que dicho precepto vendría a contener una especificación del principio general de calificación, pero referido a la normativa contable («El Impuesto sobre Sociedades: la Ley y su nuevo Reglamento. Manual I». *Expansión*, 1997).

Un aspecto muy destacable de la redacción original del artículo 148 es el temor que suscitó, entre algunos autores, de que constituyera una especie de instrumento en manos de la Administración que le permitiera, de manera incontrolada, determinar el resultado contable. Este temor, presente en algunos autores como CAPDEVILLA y el citado NAVAS VÁZQUEZ, ha sido, sin embargo, desestimado por otros como CLAVIJO HERNÁNDEZ y MALVÁREZ PASCUAL, los cuales opinan que la facultad de la

Administración para determinar el resultado contable sólo procede en aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo no ha contabilizado algunas de sus operaciones o las ha contabilizado incorrectamente, es decir, infringiendo las normas mercantiles de naturaleza contable establecidas al efecto (*Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, pág. 725; *El Impuesto sobre Sociedades de Régimen General*, pág. 134).

El precedente resumen pone de relieve que un sector de la doctrina contempló con inquietud la posibilidad de que la Administración tributaria, señaladamente la Inspección de los Tributos, pudiera determinar el resultado contable, aunque sólo fuera a efectos de determinar la base imponible y, desde luego, aplicando normas mercantiles.

El legislador se ha hecho eco de alguna de estas posturas doctrinales y ha eliminado la posibilidad de que la Administración determine el resultado contable. ¿Qué ha cambiado? La forma, desde luego, pero el fondo no. Antes la Inspección de los Tributos podía modificar el núcleo esencial de la base imponible, esto es, el resultado contable, cuando el sujeto pasivo había aplicado incorrectamente las normas mercantiles de naturaleza contable a los hechos contables a los efectos de determinar el resultado contable y por lo tanto la base imponible; ahora, podrá hacer lo mismo, y deberá hacerlo, pero la modificación, a través del resultado contable, se predica directamente de la base imponible. Antes la actuación de la Inspección de los Tributos debía sujetarse a las normas mercantiles de naturaleza contable y, por lo tanto, respetar las opciones contenidas en las mismas a favor del empresario; ahora también.

El artículo 148, tanto en su versión original como en la actual, se inscribe en la potestad de comprobación que a la Administración tributaria confiere el artículo 140 de la Ley General Tributaria. Desde esta perspectiva puede considerarse, incluso, superfluo. No obstante ha de reconocerse que la expresa convocatoria del resultado contable como elemento básico para determinar la base imponible hacía, y hace, conveniente una mención expresa a la posibilidad de que la Inspección de los Tributos modifique la base imponible cuando el empresario haya calculado el resultado contable infringiendo alguna norma mercantil de naturaleza contable. En este punto la redacción original y la vigente son coincidentes. Y esto es lo importante.

Ahora bien, el verdadero problema, hoy en día, no es si la Inspección de los Tributos modifica la base imponible por medio de la determinación previa del resultado contable o si lo hace directamente, sino el de la eficacia de las normas contables extranjeras en la determinación de la base imponible de las entidades residentes en territorio español. En efecto, a través de la dotación a la provisión por depreciación de valores, podrían estar surtiendo efectos indirectos en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades normas contables extranjeras en cuanto que las mismas gobiernan la determinación de los resultados contables de sociedades no residentes participadas. Así, pérdidas contables determinadas en sociedades filiales extranjeras, que acaso no fueran tales según las normas contables españolas, podrían abrir paso a la dotación contable a la provisión por depreciación de valores mobiliarios, tal vez fiscalmente eficaz en los términos del artículo 12.3 de la Ley 43/1995.

¿Puede la Inspección de los Tributos calcular el resultado contable de la entidad participada extranjera a los solos efectos de comprobar la correcta aplicación de los límites establecidos en el artículo 12.3 de la Ley 43/1995?

Ésta es la cuestión, de creciente importancia a medida que los grupos de sociedades españoles se internacionalizan, que, ciertamente, necesita y merece una respuesta legislativa.

La redacción original del artículo 148 permitía argumentar que el resultado contable que podía determinar la Inspección de los Tributos era tanto el de la entidad residente sujeta a comprobación como el de la entidad no residente participada, en cuanto su propio resultado contable influyera, a través de la provisión, en el resultado contable de la entidad matriz.

La nueva redacción del artículo 148 dificulta el argumento precedente, ya de por sí complejo, si bien no lo descarta totalmente.

2.2. Las modificaciones relativas al método de estimación objetiva.

La nueva redacción del apartado 2 del artículo 10 establece que la base imponible podrá determinarse por el método de estimación objetiva, y el nuevo apartado 4 precisa que dicha determinación se efectuará «...mediante la aplicación de los signos, índices o módulos a los sectores de actividad que determine esta Ley».

El primer sector de actividad que está amparado por dicho régimen es el del transporte marítimo, habiéndose incorporado a tal efecto un nuevo Capítulo, XVII, al Título VIII de la Ley 43/1995. El régimen objetivo de determinación de la base imponible implica el abandono del resultado contable, esto es, de la renta verdaderamente obtenida por la entidad, en lo que concierne a la actividad de navegación, y su sustitución por una base imponible determinada en función del tonelaje.

El régimen de las entidades de navegación marítima se asienta en tres criterios:

- División de la base imponible en dos partes: parte de base imponible procedente de las actividades de navegación marítima, y parte de la base imponible procedente de otras actividades o fuentes. Ambas partes son totalmente independientes, de manera tal que no podrá existir compensación entre las mismas. Consecuentemente la cuota íntegra también se divide en dos partes, no pudiendo reducirse la parte correspondiente a la parte de base imponible procedente de las actividades de navegación marítima por ninguna deducción o bonificación.

- La parte de base imponible procedente de la actividad de navegación marítima se determina en función del tonelaje, a tenor de la siguiente escala:

Toneladas de registro neto	Importe diario por cada 100 TM (euros)
Entre 0 y hasta 1.000	0,90
Entre 1.001 y hasta 10.000	0,70
Entre 10.001 y hasta 25.000	0,40
Desde 25.001	0,20

No se cuentan los días no operativos como consecuencia de reparaciones ordinarias y extraordinarias.

Supongamos un buque de 30.000 TNR, que ha estado operativo 300 días:

Entre 0 y hasta 1.000	$\frac{0,9 \times 1.000}{100}$	x 300	=	2.700
Entre 1.001 y hasta 10.000	$\frac{0,7 \times 9.000}{100}$	x 300	=	18.900
Entre 10.001 y hasta 25.000	$\frac{0,4 \times 15.000}{100}$	x 300	=	18.000
Desde 25.001	$\frac{0,2 \times 5.000}{100}$	x 300	=	3.000
TOTAL				42.600

- Sujeción a previa autorización administrativa, cuya validez comprende un período de diez años. La norma específica que «...Para la concesión del régimen el Ministerio de Hacienda tendrá en cuenta la existencia de una contribución efectiva a los objetivos de la política comunitaria en materia de transporte marítimo, especialmente en lo relativo al nivel tecnológico de los buques que garantice la seguridad en la navegación y la prevención de la contaminación del medio ambiente y al mantenimiento del empleo comunitario tanto a bordo como en tareas auxiliares...».

El interés práctico de este régimen puede ser notable para las entidades potencialmente beneficiarias del mismo. Pero también desde la perspectiva de los principios de la imposición suscita interesantes cuestiones. Entre otras, las siguientes:

- ¿Es conforme con el principio de capacidad económica la determinación de la base imponible por el método de estimación objetiva?
- ¿Estamos ante un régimen determinante de competencia fiscal desleal?

Respecto de la primera cuestión no creo que pueda darse una respuesta universal. Dependerá de los parámetros que entran en juego para determinar la base imponible, de manera tal que la proximidad de los mismos a los elementos determinantes de la renta alejará los riesgos de vulneración de tal principio.

Excede de nuestra capacidad y pretensiones examinar la nutrida doctrina que sobre este punto existe, por ello nos limitaremos a espigar algunas manifestaciones de la misma, debiendo advertirse que unas se refieren a las ya desaparecidas evaluaciones globales y otras al sistema de estimación objetiva singular, porque si bien ambas técnicas responden a un método objetivo de determinación de la base imponible no cabe ocultar que existen diferencias entre ellas.

Una de las críticas más duras de los métodos de estimación objetiva en relación con el principio de capacidad económica puede hallarse en SAINZ DE BUJANDA. De ella se hace eco CORTÉS DOMÍNGUEZ quien, además de recoger las contundentes palabras de SAINZ DE BUJANDA, a cuyo tenor «...la consagración que el artículo tercero realiza del principio (de capacidad económica) se vulnera gravemente por la aceptación de la Ley General Tributaria de los sistemas de estimación objetiva...», añade que «...las estimaciones objetivas significan un obstáculo muy significativo no sólo a la realización concreta del principio de capacidad económica sino también a la vigencia efectiva del principio de legalidad...» (*Ordenamiento Tributario Español*; pág. 33). Posteriormente, con ocasión de su ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación SAINZ DE BUJANDA reclamaba, ante la expansión de las evaluaciones globales, el retorno a «...la verdad... de los hechos imponibles, verdad de las bases, verdad de las mediciones...» (*Hacienda y Derecho VI*, pág. 268). En esta misma línea se inscribe ALBIÑANA para quien «...la verdadera naturaleza de los impuestos no se descubre en las etiquetas legales o en las exposiciones de motivos o memorias de las leyes que los regulan, sino en el método de determinación/estimación de la base imponible...» (*Sistema Tributario Español y Comparado*; pág. 87).

Ya en relación con el método de estimación objetiva por signos, índices o módulos, la monografía de HERRERA MOLINA titulada *Capacidad Económica y Sistema Fiscal*, recoge un conjunto de señaladas opiniones doctrinales a las que seguidamente aludimos. Así, para NAVARRO FAURE «...el juicio crítico acerca del sistema (de estimación por módulos) no es que se pague más o menos con respecto al régimen anterior, sino que no se pague lo mismo en relación con otro sujeto que obtiene el mismo nivel de renta, con el grave quebranto de la capacidad económica en relación con la igualdad...», y de la misma opinión es A. M. JUAN LOZANO para quien con «...las estimaciones objetivas... se está introduciendo un criterio de discriminación... entre los contribuyentes perceptores de este tipo de rendimientos y los que obtienen rentas de otra naturaleza...». Por el contrario, FERREIRO entiende que «...el principio de capacidad económica no se puede oponer a la existencia de tal tipo de impuestos... sobre magnitudes o valores medios o potenciales que conjugan, por el contrario, las exigencias del principio de capacidad con las de acción posible, eficaz y económica de la Administración y con la de una mínima intervención en la esfera de los particulares, propiciado siempre desde la óptica de la libertad individual...». Finalmente, HERRERA MOLINA, aunque no formula una opinión absoluta, observa que «...la constitucionalidad del régimen de estimación objetiva por módulos se ve enturbiada en cuanto ésta constituye el instrumento para otorgar determinados beneficios fiscales...» (pág. 281).

Respecto de la segunda cuestión, observamos que regímenes especiales en relación con la industria de navegación marítima existen en Dinamarca, Alemania, Grecia, Finlandia, Holanda, Portugal, Francia e Italia. Aunque su contenido es muy variado, algunos de ellos vinculan la tributación el tonelaje y el sistema alemán, establecido con efectos para los períodos impositivos cerrados a 31 de diciembre de 1999, es muy similar al establecido en el Capítulo XVII del Título VIII de la Ley 43/1995.

Ninguno de estos regímenes ha sido calificado como contrario al Código de Conducta, pero es de observar que la opinión del denominado Grupo Primario estuvo muy dividida sobre el particular. Así, en el apartado 62 del informe de 29 de noviembre de 1999 se afirma que «...Algunos Estados miembros estimaron que estas medidas no deberían ser consideradas dañinas y que su eliminación tendría un efecto negativo sobre las empresas de navegación residentes en la Unión Europea y sobre la competitividad de los Estados miembros en el plano internacional. Otros entendieron que las medidas deberían ser evaluadas como dañinas pero que en sus deliberaciones el Consejo debería tomar cuenta de los problemas de competitividad de manera tal que sólo sería oportuna su eliminación si una acción en ese sentido fuera efectuada al más amplio nivel internacional...».

El artículo 135 septies califica al régimen de estimación objetiva de las entidades de navegación como beneficio fiscal, tal vez de manera imprudente en relación con nuestros compromisos internacionales en materia de competencia fiscal perjudicial, y al hacerlo así, pone de manifiesto que el método de estimación objetiva singular para determinar la base imponible de las entidades de navegación marítima no intenta calcular un beneficio de carácter medio, sino reducir la fiscalidad de las citadas compañías, seguramente con la finalidad última de que puedan resistir, en el plano fiscal, la competencia de entidades extranjeras que también tributan en régimen privilegiado. Es éste un claro ejemplo de cómo la globalización de las actividades económicas y el uso por jurisdicciones fiscales poco escrupulosas de regímenes fiscales privilegiados para atraer actividades económicas obliga a los países con sistemas fiscales normales a responder estableciendo igualmente dichos regímenes, con grave perjuicio para los principios básicos de la imposición. Seguramente es éste un problema que sólo puede solventarse en el marco de la cooperación internacional.

3. EL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO

El artículo 2.Cinco de la Ley 24/2001 incorpora un nuevo apartado, con el número 5, al artículo 12 de la Ley 43/1995, cuyo objeto es hacer fiscalmente deducible el denominado fondo de comercio financiero relativo a las participaciones sobre entidades no residentes en territorio español que reúnan determinados requisitos.

Como toda norma, el nuevo precepto consta de un supuesto de hecho y de un mandato.

El supuesto de hecho consiste en la adquisición de una participación sobre una entidad no residente por encima de su valor teórico contable, cuando la diferencia, total o parcial, entre ambas magnitudes responde a un fondo de comercio, y el mandato que dicho fondo de comercio sea deducible con el límite anual máximo de la veintea parte de su importe.

3.1. La determinación del fondo de comercio financiero.

El importe del denominado fondo de comercio financiero es la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico contable en la fecha de adquisición de la participación que no pueda imputarse a bienes y derechos de la entidad participada en aplicación de los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre.

Los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- La diferencia se imputará, en la medida de lo posible, a los elementos patrimoniales de la entidad participada «...aumentando el valor de los activos o reduciendo el valor de los pasivos...».
- En la imputación no podrá sobrepasarse el valor de mercado de los elementos patrimoniales.
- La imputación se realizará, sin sobrepasar el valor normal de mercado, a todos y cada uno de los elementos patrimoniales, cualquiera que sea la rúbrica de balance a que pertenezcan.
- Una vez efectuada la imputación a los activos y pasivos la diferencia que subsista será el denominado fondo de comercio financiero.

La determinación del fondo de comercio financiero es una labor compleja, pero que las entidades que deseen dotar la provisión por depreciación de valores mobiliarios de una manera técnicamente correcta deben también realizar. En efecto, la norma de valoración 8.^a 2, del Plan General de Contabilidad, establece que, tratándose de valores no admitidos a cotización en un mercado secundario organizado, cuando su precio de adquisición sea superior al importe del «...valor teórico contable que corresponda a dichas participaciones, corregido en el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición y que subsistan en el de la valoración posterior...», deberá dotarse la correspondiente provisión. Por tanto, las empresas deben, a través de la provisión por depreciación de valores mobiliarios, reflejar la amortización del denominado fondo de comercio financiero, sea en el ejercicio de adquisición de la participación o, de manera más técnica y precisa, a lo largo del período de amortización del fondo de comercio, veinte años con carácter general.

La norma vigésima octava de la Circular 4/1991, del Banco de España, establece una regla muy similar ya que obliga a amortizar, a través de la dotación a un fondo específico, el denominado fondo de comercio financiero «...salvo por la parte que pudiera ser absorbida por un incremento en los respectivos valores teóricos...».

Más adelante analizaremos la relación entre la contabilización de la depreciación del fondo de comercio y el gasto fiscal, pero es interesante destacar que el cálculo de dicho fondo parece inexcusable para reflejar contablemente de manera correcta el importe de la provisión por depreciación de valores.

3.2. Los efectos fiscales del fondo de comercio financiero.

El fondo de comercio financiero genera un gasto fiscalmente deducible de carácter anual de la veintava parte de su importe. Una vez amortizado todo el importe el gasto dejará de existir.

El gasto por amortización del fondo de comercio puede ser considerado como un gasto específicamente fiscal, o, alternativamente, como un gasto contable que, bajo determinadas circunstancias y requisitos, tiene eficacia fiscal.

Ya hemos visto que el fondo de comercio financiero debe ser amortizado contablemente, sea bajo la forma de una dotación a la provisión por depreciación de valores (Plan General de Contabilidad) o a través de un fondo específico (Circular 4/1991). Desde esta perspectiva el nuevo apartado 5 del artículo 12, supondría una excepción a lo previsto en el apartado 3 del propio artículo, a cuyo tenor no es admisible fiscalmente la dotación a la provisión por depreciación de valores mobiliarios no cotizados en mercados secundarios organizados sino dentro del límite de la diferencia entre los valores teóricos contables inicial y final.

Bajo esta interpretación la provisión por depreciación de valores representativos de los fondos propios de entidades no cotizadas tendría la siguiente regulación fiscal:

- Con carácter general, la dotación es fiscalmente deducible dentro del límite de las diferencias de valores teóricos contables, inicial y final.
- Con carácter particular, además, y tratándose de determinados valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en territorio español, también será fiscalmente deducible la dotación a la provisión relativa a la amortización del fondo de comercio financiero.

La interpretación precedente es la que mejor se adecua a los principios que, en su día, alentaron a la Ley 43/1995, entre ellos el de armonización con las normas mercantiles de naturaleza contable, a cuyo tenor, sobre la base o antecedente del resultado contable la norma fiscal establece restricciones o especialidades.

Esta interpretación implica, a modo de corolario, que el gasto a que se refiere el nuevo apartado 5 del artículo 12 para ser deducible deberá estar, previamente, imputado a la cuenta de pérdidas y ganancias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.3 de la Ley 43/1995. Por eso, la contrastación de la bondad de dicha interpretación pasa por constatar si el gasto está supeditado al denominado principio de inscripción contable.

La respuesta a esta cuestión no es sencilla. En efecto, el último inciso del primer párrafo establece que la regulación contenida en el mismo debe entenderse «...sin perjuicio de lo establecido con la normativa contable de aplicación». ¿Qué significa este inciso? Literalmente parece decir que

el régimen fiscal no obliga a los sujetos pasivos a contabilizar según el mismo, es decir, que los sujetos pasivos deberán contabilizar de acuerdo con las normas mercantiles de naturaleza contable, aun cuando dicha contabilización no se ajuste al importe del gasto fiscal máximo. Entonces, podría pensarse que cuando el gasto contabilizado fuese inferior al gasto fiscal máximo es deducible este último, de manera tal que podría ser fiscalmente deducible una cantidad superior a la dotación contable. Pero esta interpretación olvida que la enmienda número 394, en el Senado, suprimió el primer inciso del nuevo apartado 5 del artículo 12, que, justamente, exceptuaba la inscripción contable al establecer que «La deducción de esta diferencia no estará condicionada a su inscripción contable...». Este inciso fue suprimido por la citada enmienda, de manera tal que ello da pie a entender que es voluntad del legislador mantener en relación con la amortización del fondo de comercio financiero el principio de inscripción contable. En esta línea también apunta la justificación de la referida enmienda, según la cual lo que se pretende es «...evitar toda duda que pueda surgir en la deducción fiscal del Fondo de Comercio Financiero... como consecuencia de que dicha amortización se realizará contablemente a un ritmo más rápido».

La justificación contempla que la dotación contable rebasará el límite fiscal, es decir, que se cumplirá el principio de inscripción contable, y que tal desajuste no perturba la deducción fiscal.

Ahora bien, esto es justamente lo que sucede en todos los supuestos en los que el gasto contable está sujeto a una determinada limitación para ser fiscalmente deducible. Repasemos los artículos 12 y 13, relativos a provisiones, y podremos constatar que esto es así. Y, sin embargo, en tales preceptos no encontramos ningún inciso que anteponga un «sin perjuicio» a la normativa contable.

¿Deberíamos, entonces, entender que no es necesaria la imputación contable de la amortización del fondo de comercio financiero para que la misma sea fiscalmente deducible?

La contestación positiva a esta pregunta nos llevaría a entender que estamos ante un gasto específicamente fiscal, que tiene eficacia aun cuando el gasto contable no exista.

No creemos que haya verdadero motivo para la respuesta positiva. El sorprendente inciso final del primer párrafo del nuevo apartado 5 del artículo 12 no ha de motivar interpretaciones que desarrollen el principio de inscripción contable, tan arraigado en el Impuesto sobre Sociedades, no sólo de la Ley 43/1995, sino de las leyes precedentes.

Por tanto nos inclinamos por entender, no sin ciertas dudas, que el nuevo apartado 5 del artículo 12 regula un gasto que también está supeditado a su imputación contable a la cuenta de pérdidas y ganancias para ser fiscalmente deducible.

La conclusión precedente es válida incluso para los valores que coticen en un mercado secundario oficial, porque si bien es cierto que en tal caso la norma contable establece la provisión en función del valor de mercado y no del valor teórico, nada impediría una provisión dotada para reflejar la amortización del fondo de comercio financiero, sin perjuicio de la provisión dotada en función del valor normal de mercado.

Sin duda la respuesta hubiera sido diferente si nuestras normas contables no obligasen a reflejar la amortización del fondo de comercio financiero a través de la dotación a la provisión por depreciación de valores, y tal vez esto es lo que suceda en el futuro, debido a la nueva estrategia de asimilación del modelo contable de la IASB por parte de la Comisión de la Unión Europea, pero en el momento presente no ocurre tal cosa.

Una vía intermedia consiste en entender que no estamos ante un gasto fiscal autónomo, pero tampoco ante una dotación a una provisión, sino que se trataría de una amortización contable, fiscalmente reconocida dentro de ciertos límites, y que se manifiesta contablemente a través de la dotación a una provisión por depreciación de valores mobiliarios.

Esta interpretación continuaría exigiendo la dotación contable para que el gasto fiscal existiera, es decir, mantendría la vigencia del principio de inscripción contable, pero no computaría como ingreso la reversión de la provisión, sin perjuicio de incorporar a la base imponible el importe de la misma con ocasión de la transmisión de la participación.

Podemos resumir las interpretaciones posibles de la esencia del nuevo artículo 12.5 de la Ley 43/1995, y de los efectos de cada una de ellas, de la siguiente manera:

- Gasto fiscal autónomo, no supeditado al principio de inscripción contable. Con ocasión de la transmisión de la participación debería integrarse en la base imponible.
- Gasto contable por dotación a una provisión fiscalmente reconocido dentro de ciertos límites, supeditado al principio de inscripción contable. Las reversiones de la provisión serían ingreso fiscalmente computable.
- Gasto fiscal en concepto de amortización del fondo de comercio, supeditado al principio de inscripción contable concretado a través de la dotación a una provisión. Las reversiones no serían ingreso fiscalmente computable, sin perjuicio de su integración en la base imponible con ocasión de la transmisión de la participación.

3.3. Valores calificados para la deducción de la amortización del fondo de comercio financiero.

Son valores calificados aquellos cuyas rentas pueden acogerse al artículo 20 bis) de la Ley 43/1995. Por tanto los valores representativos de los fondos propios de entidades residentes en territorio español no darán derecho a la amortización del fondo de comercio financiero.

Tal vez pueda resultar sorprendente que el legislador español incite a las empresas españolas a invertir en el extranjero. Pero no estamos ante un episodio aislado, sino ante una política consciente y constante, ya esbozada en la legislatura abierta en marzo de 1996, pero exacerbada en la presente. Buena prueba de ello son la exención de dividendos y plusvalías de carteras de valores extranjeros [artículos 20 bis) y siguientes], la deducción temporal de hasta 5.000 millones de pese-

tas por inversiones en el exterior, la deducción del fondo de comercio financiero de valores extranjeros y, aunque en otro campo no por ello menos significativo, la nueva interpretación que del artículo 34 de la Ley 43/1995, relativo a la deducción por actividades de exportación, ha hecho la más reciente doctrina administrativa. Todo un estatuto de la empresa multinacional española, y ello sin contar con la ausencia de normas relativas a la subcapitalización de las entidades matrices.

Una visión superficial de la vigente legalidad del Impuesto sobre Sociedades nos podría llevar a distinguir entre las empresas de reducida dimensión (artículos 122 y siguientes de la Ley 43/1995) y las empresas ordinarias, pero un análisis ligeramente más profundo nos dice que la verdadera línea divisoria es la que separa a los grupos multinacionales de los grupos y sociedades con proyección meramente interna, disfrutando los primeros de una fiscalidad más benigna.

Tratándose de valores extranjeros adquiridos a través de una operación del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley 43/1995 es dudosa la procedencia de la amortización del fondo de comercio financiero. Los valores extranjeros toman, a efectos fiscales, el valor de los elementos patrimoniales aportados (aportaciones de rama de actividad o especiales), el valor de los valores españoles aportados en canje (canje de valores) o, en fin, el valor de los valores anulados (fusión y escisión), de manera tal que la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico refleja, cronológicamente, la adquisición de un fondo de comercio financiero relativo a valores nacionales en primer lugar, y posteriormente la aparición de un nuevo fondo de comercio financiero, esta vez relativo a valores extranjeros.

¿Debemos admitir la amortización, a efectos fiscales, del fondo de comercio financiero que se pone de manifiesto tras el canje de valores?

La respuesta negativa podría apoyarse en la consideración de que el fondo de comercio financiero adquirido es el que aparece en primer lugar cronológicamente, es decir, el de los valores españoles. La respuesta positiva podría apoyarse en que el canje de valores implica la cesión del fondo de comercio financiero español a la entidad extranjera beneficiaria del canje de valores y, simultáneamente, la adquisición de otro fondo de comercio respecto de la misma, de manera tal que dicho fondo de comercio financiero sería fiscalmente amortizable puesto que no se establecen restricciones por razón de la forma de adquisición de los valores extranjeros.

La conclusión precedente no podría ser combatida con el argumento de que el régimen del Capítulo VIII del Título VIII implica un mero diferimiento de rentas, de forma tal que la renta diferida debe ser gravada de acuerdo con su propio régimen cuando se ponga de manifiesto. En efecto, el fondo de comercio financiero extranjero no es la manifestación de un fondo de comercio previo interno, sino que aquél se adquiere por causa de la operación. La prueba de cuanto venimos diciendo es que el fondo de comercio financiero interno puede no existir o ser mayor o menor que el fondo de comercio financiero extranjero.

Por otra parte es dudosamente aceptable que quien adquiere los valores a metálico tenga mejor tanto que quien los adquiera mediante canje.

3.3. bis) Valores adquiridos por una entidad de tenencia de valores extranjeros.

Como ya sabemos, los valores que dan derecho a la amortización del fondo de comercio financiero son aquellos «...cuyas rentas pueden acogerse a la exención establecida en el artículo 20 bis...». El artículo 130 de la Ley 43/1995, según redacción de la Ley 6/2000 establece que los dividendos y plusvalías de los valores extranjeros poseídos por una entidad de tenencia de valores extranjeros «...podrán disfrutar de la exención para evitar la doble imposición económica internacional en las condiciones y con los requisitos previstos en el artículo 20 bis...», y que, a los efectos de aplicar la exención «...el requisito de participación mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 20 bis se considerará cumplido cuando el valor de adquisición de la participación sea superior a 6 millones de euros...».

Los valores poseídos por una entidad de tenencia de valores extranjeros pueden acogerse a la exención del artículo 20 bis) siempre que, reuniendo los restantes requisitos, su valor de adquisición sea igual o superior a 1.000 millones de pesetas. Por tanto también darán derecho a la deducción en concepto de amortización del fondo de comercio financiero. Nótese que el artículo 12.5 de la Ley 43/1995 no se refiere a los valores que reúnan las características del artículo 20 bis) de la Ley 43/1995, sino a valores cuyas rentas puedan acogerse a la exención del citado artículo 20 bis), y los valores de la ETV pueden acogerse a dicha exención a partir de un valor de adquisición de 1.000 millones.

¿También si cotizan en un mercado secundario oficial? Nada hay en el texto legal que excluya a estos valores. Ciertamente que la cuestión es enojosa. Primero porque es muy difícil deslindar la parte de la diferencia entre el precio de adquisición y el valor teórico que puede imputarse al fondo de comercio financiero. Segundo, porque el impacto recaudatorio puede ser superlativo, considerando que tratándose de valores que cotizan de ordinario, y en particular en mercados alcistas, puede haber una apreciable diferencia entre el precio de adquisición y el valor teórico, y también que las inversiones de este tipo, propias de las instituciones financieras y de las grandes empresas, podrían aumentar el valor del incentivo fiscal.

Además, no se comprende bien la razón por la cual el legislador español prima las inversiones en mercados secundarios organizados extranjeros.

3.4. Relación entre la amortización del fondo de comercio financiero y la provisión por depreciación.

El segundo y último párrafo del artículo 12.5 de la Ley 43/1995, establece que la deducción «...será compatible, en su caso, con las dotaciones a que se refiere el apartado 3...». Por consiguiente la amortización fiscal del fondo de comercio financiero es compatible con la deducción de la dotación a la provisión por depreciación de valores.

Esta compatibilidad es lógica porque es posible que en alguno de los períodos impositivos en los que corresponde computar la amortización del fondo de comercio financiero la sociedad participada sufra pérdidas, que deberán reflejarse contablemente a través de la dotación a la provisión por depreciación de valores mobiliarios. Esta dotación será fiscalmente deducible en los términos previstos en el artículo 12.3 de la Ley 43/1995.

Ahora bien, siendo clara la compatibilidad entre la amortización del fondo de comercio financiero y la corrección valorativa por depreciación, porque así lo establece la norma recogiendo perfectamente la realidad de ambos eventos, no lo es tanto el valor que ha de tomarse para calcular el importe de la dotación fiscalmente deducible a la provisión por depreciación. ¿Es el precio de adquisición? ¿Es el precio de adquisición minorado en el importe de las amortizaciones del fondo de comercio fiscalmente deducibles?

Puesto que hemos concluido en un apartado anterior que la amortización del fondo de comercio financiero está supeditada a la inscripción contable del gasto, debemos entender que el valor que ha de tomarse a los efectos de calcular el importe de la provisión fiscalmente deducible es el precio de adquisición minorado en el importe de las amortizaciones fiscalmente deducibles del fondo de comercio financiero. El propio límite a la deducción fiscal de la dotación contable impedirá el incumplimiento de dicha forma de calcular el importe de la dotación fiscalmente deducible.

3.5. Relación entre la amortización del fondo de comercio financiero y la recuperación de valor.

La amortización contable del fondo de comercio financiero se manifiesta a través de una cuenta de pasivo compensadora del valor de adquisición de la participación, esto es, de una provisión. La dotación a esta provisión es fiscalmente deducible por vigésimas partes anuales. Ahora bien, dicha provisión, en cuanto expresión de una corrección de valor, no puede mantenerse cuando las causas que la motivaron desaparezcan, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39.4 del Código de Comercio. En este caso la causa de la provisión es que el valor de adquisición de la participación es superior a su valor teórico. Por tal razón, si la sociedad participada obtiene y acumula beneficios podría acontecer que el valor teórico de la misma excediera del valor contable de la participación, en cuyo caso la provisión deberá revertir a la cuenta de pérdidas y ganancias. ¿Constituirá ingreso el importe de la reversión? ¿Lo constituirá aun en ausencia de reversión contable?

La reversión contable integrará el resultado contable, y, por lo tanto, la base imponible. Si no hay reversión contable y debió haberla la respuesta es la misma.

Es cierto que la reversión contable de la provisión implica la anulación contable de la amortización del fondo de comercio financiero, y por tanto también del gasto fiscal. Pero esto es natural en un tributo que toma como elemento nuclear de la base imponible el resultado contable. De esta manera el nuevo apartado 5 del artículo 12 no implicaría la creación de un gasto fiscal autónomo, sino el reconocimiento fiscal de un gasto contable sujeto a un límite construido en función de la vigésima parte anual del importe del fondo de comercio financiero.

Frente a esta interpretación cabe otra alternativa, consistente en que el artículo 12.5 de la Ley 43/1995 establece un gasto fiscal cuya eficacia se consolida en el período impositivo en el que, a través de la dotación a la provisión, se amortiza el fondo de comercio financiero, de manera tal que la posterior reversión de la provisión no sería un ingreso fiscalmente computable. Esta interpretación podría hallar cobijo en el último inciso del artículo 12.5 a cuyo tenor, como ya sabemos, lo previsto fiscalmente respecto del fondo de comercio financiero lo es «...sin perjuicio de lo establecido con (en) la normativa contable de aplicación».

Aunque preferimos la primera interpretación, que, por otra parte, es la que mejor se acomoda a un precepto que está incluido en un artículo consagrado a las correcciones de valor que se sustancian a través de dotaciones a provisiones, no debemos descartar la segunda. Con toda probabilidad la doctrina administrativa despejará esta incertidumbre.

3.6. Relación entre la amortización del fondo de comercio financiero y la deducción para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías.

El artículo 20 bis).4 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, establece que «...si se hubiera aplicado la exención de los dividendos de fuente extranjera, no se podrá integrar en la base imponible la depreciación de la participación... hasta el importe de dichos dividendos...».

Puesto que la amortización del fondo de comercio financiero se realiza contablemente a través de la dotación a la provisión por depreciación de valores, cabe plantearse la cuestión de la deducción de dicha dotación si en un período impositivo precedente se hubiera aplicado la exención de dividendos. El tenor literal de la norma lleva al no cómputo fiscal de la dotación a la provisión. Sin embargo nos parece más adecuado interpretar que el artículo 20 bis).4 se está refiriendo exclusivamente a aquellas depreciaciones de la participación derivadas de la distribución de dividendos exentos.

El artículo 20 bis.2 b) establece una regla especial en relación con las plusvalías obtenidas en la transmisión de carteras de valores extranjeros relativa al caso en que se «...hubiera efectuado alguna corrección de valor contable sobre la participación transmitida que hubiera resultado fiscalmente deducible...», en cuyo caso «... la exención se limitará al exceso de la renta obtenida en la transmisión sobre el importe de la corrección...». ¿La corrección de valor inherente a la amortización contable del fondo de comercio financiero, fiscalmente deducible, debe también ser tomada en consideración a los efectos del artículo 20 bis) 2.b)? Opinamos que sí debe ser tomada, en cuanto corrección de valor que es.

Nótese, por otra parte, que es lógico que así sea porque la parte de plusvalía contable que refleja la previa amortización del fondo de comercio financiero es, más bien, una reversión de la provisión correspondiente, antes que una verdadera plusvalía.

3.7. Relación entre la amortización del fondo de comercio financiero y la plusvalía obtenida en la transmisión de la participación.

Cuando se transmita la participación la contabilidad registrará una plusvalía por diferencia entre el valor de transmisión y el valor contable. A su vez el valor contable será el resultado de minorar el valor de adquisición en el saldo de la provisión por depreciación, y este saldo recogerá, entre otros conceptos, la amortización del fondo de comercio financiero. Si todo el saldo de la provisión responde a la amortización del fondo de comercio financiero y todas las dotaciones han sido fiscalmente deducibles, la plusvalía gravable coincidirá con la contable, sin perjuicio de aplicar lo previsto en el artículo 20 bis) 2 para evitar la doble imposición económica internacional.

No sería correcto calcular la plusvalía fiscal de manera diferente a la contable, so pretexto de que, en caso contrario, el gasto fiscal por amortización del fondo de comercio financiero, quedaría anulado. En efecto, dicho gasto lo es en concepto de la dotación a una provisión y ésta debe cancelarse con ocasión de la transmisión de la cartera de valores extranjeros. Cuestión diferente es que una parte de la provisión no haya sido fiscalmente deducible por exceder la dotación del límite de la vigésima parte anual del importe del fondo de comercio financiero. En este caso deberá efectuarse la corrección oportuna para evitar el doble gravamen. Supuesto que, finalmente, prevaleciera la interpretación según la cual la reversión de la provisión cuya dotación ha reflejado contablemente la amortización del fondo de comercio no es ingreso fiscalmente computable, el resultado derivado de la transmisión de la participación deberá aumentarse en el importe de dicha reversión.

3.8. Incompatibilidad con la deducción del artículo 34 de la Ley 43/1995.

La deducción del artículo 12.5 es incompatible con la deducción del artículo 34, ambos de la Ley 43/1995. No se trata de una incompatibilidad absoluta. Una y otra pueden simultanearse, pero no para el mismo importe.

Corresponde al contribuyente adoptar la decisión de afectar el importe de su inversión entre ambos regímenes fiscales. *A priori* el del artículo 34 de la Ley 43/1995 es más ventajoso, porque implica una deducción definitiva de la cuota. Sin embargo, debido a que la deducción por actividades de exportación del artículo 34 exige una relación entre el importe de la inversión y el fomento de la actividad exportadora, es posible que no toda la inversión pueda afectarse a dicha deducción. En este caso la parte de la inversión que no pueda afectarse a la deducción del artículo 34 podrá aplicarse a la del artículo 12.5.

La norma no prevé la forma en cómo debe hacerse la distribución de la inversión entre ambos regímenes, de manera tal que caben dos alternativas:

- Afectar al artículo 34 una parte de la inversión, y el resto hasta el precio pagado a la amortización del fondo de comercio financiero, naturalmente con el límite del mismo.
- Afectar al artículo 34 una parte de la inversión, y calcular el fondo de comercio financiero que corresponde a la parte de la inversión restante.

A nuestro modo de ver la segunda forma es la más certera. En efecto, la norma niega la amortización fiscal del fondo de comercio financiero «...incluido en la base de la deducción del artículo 34...», y en esa base de deducción hay implícito un fondo de comercio financiero que es el que corresponde a la parte de la inversión afecta al artículo 34; del mismo modo hay un fondo de comercio implícito en la parte de inversión no afecta a la deducción del artículo 34. Éste es el fondo de comercio que podrá ser fiscalmente deducible.

3.9. Aplicación de la norma en el tiempo.

La nueva norma se aplica «Con efectos para las adquisiciones de participaciones realizadas en los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2002...». En consecuencia los fondos de comercio financieros correspondientes a adquisiciones anteriores no serán fiscalmente amortizables, aun cuando la amortización contable se realice en ejercicios posteriores.

Así pues podemos distinguir tres supuestos:

ADQUISICIONES	Anteriores a 1-1-2002	Amortizadas antes 1-1-2001	no amortización fiscal
		Amortizadas después 1-1-2001	no amortización fiscal
	Posterior a 1-1-2002	amortización fiscal	

Hubiera sido oportuna una norma cautelar relativa a las transmisiones entre entidades pertenecientes a un mismo grupo mercantil. No obstante, la ausencia de una norma cautelar específica tal vez pueda ser suplida por las normas generales relativas al fraude a la ley tributaria.

3.10. El fondo de comercio explícito.

El límite de amortización fiscal del fondo de comercio explícito, anteriormente establecido en la décima parte de su importe, se eleva a la veinteava parte del referido importe, de acuerdo con la nueva redacción que del artículo 11.4 de la Ley 43/1995 ha efectuado el artículo 2.Tres de la Ley 24/2001.

El nuevo límite se aplicará con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2002. Por tanto también afectará a los fondos de comercio que se habían adquirido antes de dicha fecha.

3.11. El fondo de comercio financiero del segundo y ulteriores niveles.

Cuando la participación sobre la entidad operativa se adquiere a través de una entidad intermedia, o varias, se plantea la cuestión del importe del fondo de comercio susceptible de generar gastos fiscalmente deducibles. Hay dos posibilidades: tomar el valor teórico de la entidad intermedia o tomar el de la entidad operativa. El supuesto se puede complicar cuando la entidad intermedia es residente en territorio español, o en un paraíso fiscal, y la entidad operativa, sin embargo, reside en el extranjero no paraíso fiscal y las rentas distribuidas por la misma pudieran ser aptas para disfrutar del artículo 20 bis).

La interpretación literal de la norma lleva a tomar el valor teórico de la entidad directamente participada, es decir de la intermedia, pero el verdadero fondo de comercio financiero es el que se determina en relación con el valor teórico de la entidad operativa. Ahora bien, este fondo de comercio no luce en la contabilidad de la entidad inversora y, por tanto, el simple juego del principio de inscripción contable impediría su eficacia fiscal.

Está en la mano del sujeto pasivo llegar a determinar el verdadero fondo de comercio financiero, y provisionar el importe del mismo mediante la absorción de la entidad intermedia. La eliminación de la entidad intermedia resuelve el problema. Cuestión diferente es que dicha absorción pueda ampararse en el Capítulo VIII del Título VIII ya que la motivación de conseguir una «ventaja fiscal» podría incidir en lo previsto en el artículo 110.2 de la Ley 43/1995. Sobre cuestión tan delicada como compleja excusamos nuestra opinión. No obstante si la entidad intermedia ha adquirido la participación sobre la entidad operativa por un valor próximo a su valor real actual, podría realizarse la operación, sin carga fiscal por el Impuesto sobre Sociedades, al amparo de las normas generales.

4. PROVISIÓN PARA INSOLVENCIAS

El plazo para considerar, a efectos fiscales, un crédito como presuntamente incobrable, anteriormente establecido en 1 año, pasa a ser de 6 meses, de acuerdo con la nueva redacción que del artículo 12.2 de la Ley 43/1995 ha efectuado el artículo 2.Cuatro de la Ley 24/2001.

El nuevo plazo se aplicará con efectos de los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2002. Por tanto también afectará a los créditos nacidos antes de dicha fecha.

5. CONTRIBUCIONES DE PROMOTORES DE FONDOS DE PENSIONES

La deducción de las contribuciones de los promotores de planes de pensiones regulados en la Ley 8/1987, de 8 de junio, está condicionada a su imputación a los partícipes. Pues bien, quedan exceptuadas del requisito de imputación las contribuciones «...realizadas a favor de

beneficiarios de manera extraordinaria, por aplicación del artículo 5.3.d) de la Ley 8/1987,...» a cuyo efecto el artículo 2.Seis de la Ley 24/2001 ha dado nueva redacción al artículo 13.3 de la Ley 43/1995.

Las contribuciones exceptuadas de imputación son las realizadas por el promotor «...para garantizar las prestaciones en curso y se haya puesto de manifiesto, a través de las revisiones actuariales, la existencia de un déficit en el plan de pensiones...», de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.3 d) de la Ley 8/1987, según redacción establecida por el artículo 32.Uno de la Ley 24/2001.

6. COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

El artículo 2.Ocho de la Ley 24/2001 da nueva redacción al artículo 23 de la Ley 43/1995, relativo a la compensación de bases imponibles negativas. Tres son las modificaciones introducidas:

- El plazo de compensación se amplía hasta 15 años.
- Las bases imponibles negativas compensables han debido ser determinadas mediante liquidación o autoliquidación.
- La forma de acreditar la pérdida compensable.

6.1. Ampliación del plazo de compensación.

El plazo de compensación se amplía de 10 a 15 años. La ampliación del plazo plantea el problema de la determinación de las bases imponibles negativas que pueden acogerse al nuevo plazo. De resolver este problema se ocupa la disposición transitoria cuarta de la Ley 24/2001.

Según la misma el nuevo plazo de compensación se aplicará a las bases imponibles negativas «...pendientes de compensación al inicio del primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2002...». Por tanto, podrán compensarse dentro del nuevo plazo las bases imponibles negativas susceptibles de compensación en el período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2002. Dicho en otras palabras, el nuevo plazo de compensación podrá ser aprovechado en relación con las pérdidas vivas respecto del primer período impositivo que se inicie el día de su entrada en vigor.

Éste ha sido, por otra parte, el criterio seguido por la disposición transitoria duodécima de la Ley 43/1995 y por la disposición transitoria duodécima de la Ley 40/1998.

Para estas pérdidas el plazo de 15 años se cuenta «...a partir de la finalización del período impositivo en el que se determinaron dichas bases imponibles negativas...». Las dos disposiciones transitorias precedentes establecieron el día inicial en «...el inicio del período impositivo siguiente

a aquel en el que se determinaron dichas bases imponibles negativas...». Entendemos que no hay ninguna variación sustantiva en esta forma de computar el plazo de compensación de las bases imponibles negativas ya determinadas antes de la entrada en vigor de la nueva norma, ya que una y otra fórmula legal conducen a la misma determinación temporal.

En consecuencia:

- Las pérdidas más antiguas acogibles a la disposición transitoria duodécima de la Ley 43/1995, fueron las correspondientes al período impositivo de 1991. Estas pérdidas pudieron compensarse en los períodos impositivos 1992 a 1998, ambos inclusive, puesto que el plazo de compensación era de 7 años.
- Las pérdidas más antiguas acogibles a la disposición transitoria duodécima de la Ley 40/1998, fueron las correspondientes a período impositivo de 1992. Estas pérdidas podían compensarse en los períodos impositivos 1993 a 2002, ambos inclusive, al haber sido ampliado el plazo a 10 años en virtud de la nueva redacción del artículo 23 de la Ley 43/1995, establecida por la Ley 40/1998.
- Las pérdidas más antiguas acogibles a la disposición transitoria cuarta de la Ley 24/2001, también son las correspondientes al período impositivo de 1992. Estas pérdidas podrán compensarse en los períodos impositivos 1993 a 2007, ambos inclusive, al haber sido ampliado el plazo a 15 años en virtud de la nueva redacción del artículo 23 de la Ley 43/1995, establecida por la citada Ley 24/2001.

El nuevo plazo de compensación de bases imponibles negativas aprovechará a las correspondientes a los períodos impositivos de 1992 y siguientes.

6.2. Bases imponibles liquidadas o autoliquidadas.

Las bases imponibles negativas susceptibles de compensación son las «...que hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación...». Este inciso es nuevo. Su efecto consiste en expulsar de la compensación a las bases imponibles negativas correspondientes a períodos impositivos en los que el sujeto pasivo no presentó liquidación ni fue objeto de comprobación. Por tanto la magnitud compensable será:

- La autoliquidada por el sujeto pasivo si no medió comprobación, o mediando fue confirmada.
- La liquidada por la Administración tributaria, normalmente como consecuencia de un procedimiento de comprobación, haya o no mediado autoliquidación.

La fecha en que se practique la liquidación no altera el período impositivo en el que se determinó la base imponible negativa.

6.3. Forma de acreditar la pérdida compensable.

El nuevo apartado 5 del artículo 23 de la Ley 43/1995, ordena que el sujeto pasivo acredite «...la procedencia y cuantía de las bases impositivas negativas cuya compensación pretenda...». Esta acreditación deberá efectuarla mediante «...la exhibición de la liquidación o autoliquidación, la contabilidad y los oportunos soportes documentales, cualquiera que sea el ejercicio en el que se originaron...».

Pueden distinguirse dos situaciones a los efectos de la acreditación de la base imponible negativa, según que haya habido o no liquidación administrativa. Si ha habido liquidación la misma es prueba suficiente de la magnitud compensable. Corresponde al sujeto pasivo exhibir la liquidación, a los efectos de acreditar la procedencia y cuantía de la compensación.

Puede apreciarse que existe una cierta falta de sintonía entre el precepto comentado, que obliga a presentar un documento emanado de la propia Administración tributaria, y el artículo 17 de la Ley 1/1998, que permite a los contribuyentes no aportar a los procedimientos tributarios los documentos previamente presentados y que se hallen en poder de la Administración.

Si la autoliquidación no ha sido comprobada, pero el período impositivo en el que se originó la pérdida es susceptible de comprobación por no haber transcurrido el período de prescripción, la Administración tributaria procederá a la comprobación del mismo y determinará el importe compensable antes de proceder a la comprobación de los períodos impositivos posteriores.

Si el período impositivo en el que se originó la pérdida no es susceptible de comprobación por haber transcurrido el período de prescripción, corresponde al sujeto pasivo exhibir la autoliquidación, la contabilidad y los soportes documentales, cualquiera que sea el ejercicio o período impositivo al que los mismos correspondan.

Si el sujeto pasivo no cumple con la carga que se le impone perderá el derecho a la compensación de bases impositivas negativas, y no podrá excusarse en el transcurso del plazo establecido para la conservación de la contabilidad por las normas mercantiles.

La Administración tributaria podrá comprobar la veracidad y exactitud de la contabilidad y de los soportes documentales mediante el examen de los mismos, y extraer las consecuencias pertinentes en orden a la determinación de la base imponible susceptible de compensación, pero tal determinación únicamente tendrá efectos en relación con los períodos impositivos no prescritos. Por tanto la referida comprobación lo es, en realidad, de los períodos impositivos no prescritos en los que el sujeto pasivo ha aplicado bases impositivas negativas.

6.4. Efectos de la minoración de la base imponible.

¿Cuáles son las consecuencias de la minoración de la base imponible negativa originada en un período impositivo ya prescrito?

Pueden contemplarse varias hipótesis que, en realidad, podemos resumir en dos según que la minoración determine o no un exceso de compensación.

Si no se produce exceso de compensación, todas las demás cosas iguales, la minoración de la base imponible negativa no producirá una liquidación a ingresar. Si se produce exceso de compensación sí habrá una o varias liquidaciones a ingresar correspondientes a los períodos impositivos en los que se produjeron los excesos. ¿Qué períodos impositivos son éstos? Caben varias respuestas:

- La minoración se aplica a los períodos impositivos en los que existe renta positiva, se hallen o no prescritos.
- La minoración se aplica a los períodos impositivos no prescritos en los que existe renta positiva.
- La minoración se aplica a los períodos impositivos que el sujeto pasivo elija, se hallen o no prescritos.
- La minoración se aplica a los períodos impositivos que el sujeto pasivo elija, siempre que no se hallen prescritos.

La interpretación mayormente compartida entiende que el sujeto pasivo puede aplicar la compensación al período impositivo que estime pertinente, siempre que en el mismo exista renta positiva. Por esta razón se viene admitiendo que las mayores rentas positivas derivadas de una comprobación puedan ser compensadas con bases imponibles negativas todavía no aplicadas o, incluso, aplicadas en períodos impositivos posteriores, aunque esto último es controvertido.

Esta interpretación es también aplicable cuando la pérdida minorada procede de un período impositivo ya prescrito. El sujeto pasivo podrá elegir el período o períodos impositivos en los que se aplicará la minoración, con la única restricción de que exista renta positiva, ya que no es posible compensar sin la existencia de renta positiva. El criterio así definido determina que la minoración deba aplicarse en los períodos impositivos no prescritos con renta positiva elegidos por el sujeto pasivo. Dentro de este criterio también será válido que el sujeto pasivo elija un período o períodos impositivos no sujetos a comprobación, sin perjuicio de la facultad de la Administración tributaria de extender la comprobación a los mismos.

La minoración de una pérdida autoliquidada incurre en el tipo infractor del artículo 79 c) de la Ley General Tributaria, si concurre el elemento de la culpabilidad. ¿Se produce el tipo infractor del artículo 79 c) cuando se minora una base imponible negativa correspondiente a un período impositivo ya prescrito?

El tipo infractor consiste –recordémoslo–, en «Determinar o acreditar improcedentemente partidas... negativas... a compensar en la base...». No parece dudoso que el tipo infractor se ha realizado, pero la cuestión es si la conducta determinante del mismo corresponde al período impositivo, ya prescrito, en el que se autoliquidó incorrectamente la base imponible negativa, o al período impo-

sitivo en el que surte efecto la minoración. En el primer caso, aun existiendo la infracción, no podrá ser impuesta una sanción pues estará prescrita la acción para imponer sanciones tributarias; en el segundo sí podrá imponerse.

Puesto que la acción descrita en el tipo consiste en determinar o acreditar partidas negativas a compensar en la base imponible, parece que esta acción debe entenderse realizada con ocasión de la autoliquidación correspondiente al período impositivo prescrito. Este criterio implica que cuando la minoración de la base imponible negativa no determina un exceso de compensación, por existir saldos pendientes de compensación en el momento de determinarse la minoración iguales o superiores al importe de esta última, la conducta infractora quede sin sanción.

Tal vez una conclusión como la precedente pueda fomentar las conductas defraudadoras, y de ahí la formulación de otro criterio que lleva la infracción al período impositivo en el que se autoliquidó incorrectamente por haber declarado un saldo de bases imposables negativas pendientes de compensar procedentes de ejercicios anteriores superior al efectivamente existente. Se argumenta que esa declaración implica también determinar o acreditar improcedentemente partidas negativas a compensar.

La debilidad de este argumento reside en que la acción de fijar en una declaración un saldo pendiente de compensación no es estrictamente subsumible en el tipo infractor. En efecto, determinar o acreditar improcedentemente partidas negativas a compensar implica formular una autoliquidación de la que se derive la base imponible negativa a compensar.

No obstante, debe reconocerse que la relativa falta de precisión de las palabras «determinar o acreditar», podría dar pie a sostener una interpretación diferente de la que entendemos más correcta. La precisión terminológica hubiera exigido describir la conducta típica con el verbo autoliquidar.

7. LA SUBCAPITALIZACIÓN

El artículo 2.Siete de la Ley 24/2001 da nueva redacción al apartado 3 del artículo 20 de la Ley 43/1995, al objeto de permitir propuestas de coeficientes de subcapitalización distintos del establecido con carácter general, cualquiera que sea el país o territorio en el que residan las entidades con las que se han establecido las relaciones financieras vinculadas, exceptuado el supuesto de los calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.

La nueva redacción amplía notablemente el campo de las propuestas de coeficientes de subcapitalización distintos del establecido con carácter general, a nuestro modo de ver de manera acertada. Incluso la reforma ha quedado corta, pues lo oportuno hubiera sido, además de mantener vivo el régimen de las propuestas, otorgar la facultad al sujeto pasivo de probar, en el curso del procedimiento de comprobación, que su situación financiera de carácter vinculado es compatible con el principio de libre concurrencia. Y ello porque de esta manera se disiparían todas las dudas, no carentes de fundamento, respecto de la compatibilidad de nuestra norma de subcapitalización con los convenios para evitar la doble imposición.

El debate sobre esta cuestión puede resumirse diciendo que una norma de subcapitalización, como la contenida en el artículo 20 de la Ley 43/1995, basada en un «ratio fijo» es compatible con los convenios para evitar la doble imposición si, a su vez, es compatible con el principio de libre competencia, ya que dicha compatibilidad superaría el conflicto de la norma de subcapitalización con el principio de no discriminación del artículo 24 del Modelo de Convenio.

La compatibilidad con el principio de libre competencia de la norma de subcapitalización española ha sido puesta en cuestión por gran parte de la doctrina, cuyos argumentos podemos resumir en las dos siguientes proposiciones:

- El procedimiento para establecer un coeficiente distinto del establecido con carácter general no tiene por objeto examinar la adecuación de las relaciones financieras vinculadas al principio de libre competencia.
- La condición de reciprocidad puede impedir, incluso, la apertura del procedimiento para establecer un coeficiente específicamente adecuado al caso concreto.

Parece claro que la nueva redacción permite superar este último argumento, pero queda en pie el primero que, sin duda, es el más importante.

La polémica ha cobrado especial relevancia en Francia. El artículo 212 del Código de Impuestos establece una norma de subcapitalización bastante similar a la española. La autoridad fiscal francesa ha sostenido sistemáticamente la compatibilidad de dicho precepto con los convenios para evitar la doble imposición internacional, pero la doctrina ha cuestionado tal criterio administrativo.

Actualmente está pendiente de sentencia ante la más alta instancia judicial francesa el caso «Société Andrita», que ha suscitado una gran expectación entre la doctrina del país vecino y que, sin duda, habrá de tener también trascendencia en nuestro país.

Pese a la defensa cerrada de la compatibilidad que la autoridad fiscal administrativa francesa viene sosteniendo, es lo cierto que en los convenios para evitar la doble imposición que Francia viene firmando o en las modificaciones de los ya existentes aparecen cláusulas de salvaguarda de la norma de subcapitalización. Éste es el caso, por ejemplo, del convenio hispano-francés.

8. LAS DEDUCCIONES PARA INCENTIVAR LA REALIZACIÓN DE DETERMINADAS ACTIVIDADES

8.1. Introducción.

Si hay un vivo ejemplo de lo que NEUMARK en sus *Principios de la Imposición* califica como dirigismo fiscal, ése es el constante crecimiento de los incentivos fiscales contenidos en el Capítulo IV del Título VI de la Ley 43/1995. Presentamos un esquema comparativo.

CONCEPTO \ LEGISLACIÓN	VIGENTE	ORIGINAL
Gasto en I + D (art. 33.1.C.1.º)	30% y 50% sobre media de los dos años anteriores; 10% adicional sobre ciertos gastos	20% y 40% sobre media de los dos años anteriores; –
Inversión en I + D (art. 33.1.C.2.º)	10%	–
Innovación tecnológica (art. 33.2.C)	15% proyectos investigación 10% otros	–
Tecnologías de la información y comunicación (art. 33 bis)	10% (sólo para empresas de reducida dimensión)	–
Exportación (art. 34)	25%; sin límite específico	25%; límite específico del 15% sobre la renta de exportación o del 4% sobre los ingresos de exportación
Bienes de interés cultural (art. 35.1)	10%	10%
Producciones cinematográficas o audiovisuales (art. 35.2)	20%; 5% coproductor financiero	10%
Libros (art. 35.3)	5%	5%
Protección del medio ambiente (art. 35.4)	10%	–
Aprovechamiento energía (art. 35.4)	10% (sólo para empresas de reducida dimensión)	–
Formación profesional (art. 36)	5%, también adiestramiento en nuevas tecnologías	5%
Creación de empleo para minusválidos (art. 36 bis)	800.000 ptas. persona/año	–
Plusvalías (art. 36 ter)	17%	Diferimiento por reinversión
Aportación planes pensiones (art. 36 quater)	10%	–

La inflación de incentivos fiscales, perfectamente reflejada en el cuadro precedente, no se ha producido tan sólo por obra de la Ley 24/2001, sino que también ha sido el fruto de otras leyes que han ido incorporando incentivos fiscales o ampliando los existentes. Esto demuestra que, en la práctica, una política liberal en lo económico admite la compañía de una política fiscal dirigista, aunque en la teoría tal convivencia no parezca razonable.

Seguidamente se estudian los incentivos introducidos o ampliados por la Ley 24/2001.

8.2. La deducción por I + D.

El artículo 2.Diez de la Ley 24/2001 ha dado nueva redacción al artículo 33 de la Ley 43/1995, con un doble objetivo: crear un nuevo incentivo fiscal para el I + D y sistematizar la regulación de los incentivos fiscales para el I + D y la innovación tecnológica.

El nuevo incentivo fiscal consiste en una deducción del «...10 por 100 de las inversiones en elementos del inmovilizado material e inmaterial, excluidos los inmuebles y los terrenos, siempre que estén afectos exclusivamente a las actividades de investigación y desarrollo...». Seguidamente se examinan los principales aspectos del referido incentivo fiscal.

8.2.1. Supuesto de hecho.

El supuesto de hecho determinante del incentivo fiscal es la inversión en elementos patrimoniales afectos exclusivamente a actividades de I + D.

La inversión debe realizarse bajo un negocio jurídico que permita inscribir en el activo el elemento patrimonial objeto de la misma como inmovilizado. Por tanto los elementos patrimoniales podrán también ser adquiridos en régimen de arrendamiento financiero.

Están excluidos los inmuebles y los terrenos, aunque se hallen totalmente afectos a las actividades de I + D. Respecto de los inmuebles cabe señalar que, atendiendo al contexto, son las construcciones, pero no los bienes inmuebles en el sentido del Código Civil, de manera tal que los elementos patrimoniales que tengan la condición de bienes inmuebles pueden dar derecho a la deducción a condición de que pertenezcan al inmovilizado, material o inmaterial.

Resulta interesante resaltar que podrá afectarse al incentivo fiscal la adquisición de patentes y de cualesquiera otros derechos de la propiedad industrial.

8.2.2. Base de cálculo de la deducción.

La base de cálculo de la deducción es «...el importe de las inversiones en elementos de inmovilizado material e inmaterial, excluidos los inmuebles y los terrenos...».

La forma en cómo se financie la inversión es indiferente, pero si a tal efecto se han concedido subvenciones la base de cálculo debe minorarse en el 65 por 100 de las mismas.

La inversión se entiende realizada «...cuando los elementos patrimoniales sean puestos en condiciones de funcionamiento...». Esta regla coincide con la que rige el inicio de la amortización, tanto a efectos contables como fiscales. Sin embargo, tratándose de elementos del inmovilizado inmaterial tal vez carezca de sentido, debiendo ser matizada en el sentido la capacidad de los mismos para estar afectos a las actividades de I + D.

8.2.3. Ubicación geográfica del inmovilizado.

Los gastos de I + D realizados en el extranjero pueden, bajo el cumplimiento de determinados requisitos, formar parte de la base de cálculo. Nos preguntamos si esto es también aplicable a la inversión en elementos patrimoniales afectos a I + D.

No existe una norma que expresamente aborde la cuestión. Sin embargo nos inclinamos por una respuesta negativa, es decir, que los elementos patrimoniales objeto de la inversión deberán estar ubicados en España, y ello por dos razones:

- Porque la norma relativa a los gastos realizados en el extranjero implica una excepción.
- Porque dicha norma se refiere a los gastos, pero no a las inversiones.

8.2.4. Porcentaje de deducción.

Es el 10 por 100, sin que exista un porcentaje incrementado que premie el esfuerzo inversor.

8.2.5. Incompatibilidades.

Para los mismos elementos patrimoniales la deducción por inversiones en I + D es incompatible con todas las deducciones del Capítulo VI del Título IV de la Ley 43/1995, excepción hecha de la del artículo 36 ter (deducción por reinversión).

Es bastante difícil, sin embargo, que se presenten supuestos de aplicación de la norma de incompatibilidad porque todas las deducciones del Capítulo VI del Título IV son de carácter finalista.

La incompatibilidad más señalada es con la deducción por gastos de I + D. ¿Hay incompatibilidad entre ambas deducciones? La pregunta no admite una respuesta inequívoca.

La norma reguladora de la incompatibilidad establece que la deducción por inversiones en I + D «...es incompatible para las mismas inversiones con las restantes deducciones previstas en los demás artículos del presente capítulo...». Contemplada en su literalidad, la norma de incompatibilidad no comprende a la deducción por gastos de I + D, porque:

- La deducción por gastos de I + D versa sobre gastos y no sobre inversiones.
- La incompatibilidad se predica respecto de las deducciones previstas en los demás artículos del Capítulo VI del Título IV, pero no en el propio artículo 33.

Un argumento más relevante a favor de la compatibilidad se deduce de la definición que de la base de cálculo del gasto en I + D se contiene en el segundo párrafo de la letra b) del apartado 1, la cual incluye expresamente a «...las amortizaciones de los bienes afectos a las citadas actividades...», debiendo hacerse notar que esta mención no existía en la regulación precedente a la introducción del incentivo fiscal por inversiones en I + D.

La compatibilidad de la deducción por gastos en I + D, entre los que se comprenden los de bienes afectos a la actividad de I + D, y la deducción por inversión en tales bienes pugna con la lógica. La lógica indica que lo correcto es la incompatibilidad, y que, en el mejor de los casos, correspondería al sujeto pasivo optar por una u otra deducción. En efecto, carece de sentido que los incentivos fiscales –ya de por sí de dudosa eficacia– se solapen. Más aún carece de lógica que la inversión en un elemento patrimonial afecto a I + D (un microscopio) determine mayor incentivo fiscal que la remuneración de los investigadores.

8.2.6. Mantenimiento de los elementos patrimoniales.

Los elementos patrimoniales afectos a las actividades de I + D están sujetos a una norma específica de mantenimiento en el patrimonio del sujeto pasivo, distinta de la prevista, con carácter general, en el artículo 37.3 de la Ley 43/1995, para todas las deducciones del Capítulo VI del Título IV.

La norma de mantenimiento exige que los elementos patrimoniales permanezcan «...en el patrimonio del sujeto pasivo, salvo pérdidas justificadas, hasta que cumplan su finalidad específica en las actividades de investigación y desarrollo, excepto que su vida útil conforme al método de amortización, admitido en la letra a) del apartado 1 del artículo 11, que se aplique, fuese inferior...».

¿Cuándo debe entenderse cumplida la finalidad específica mencionada? Opinamos que cuando, dadas las circunstancias y características del o de los proyectos de investigación, el concurso de los elementos patrimoniales deje de ser necesario. Por tanto la pregunta habrá de responderse caso a caso. En materia de I + D, por otra parte, la evolución de la tecnología seguramente propiciará vidas útiles cortas. Lo que sería incorrecto es una afectación forzada y transitoria al I + D de determinados elementos patrimoniales de uso múltiple que posteriormente son desafectados y aplicados a otras actividades de la empresa.

8.3. Deducción cinematográfica y audiovisual.

El proyecto de ley modificó el artículo 35.4 de la Ley 43/1995, al objeto de suprimir el incentivo fiscal para las series audiovisuales de ficción, animación o documental, pero la enmienda número 198, en el Senado, rehabilitó el referido incentivo fiscal «...en coherencia con los largometrajes cinematográficos a fin de conseguir un trato paralelo a efectos de deducción...».

La creación de un incentivo fiscal es fácil, pero su expulsión muy difícil. Consciente de esta dificultad, y de que los incentivos fiscales solamente deben tener una vida limitada en el tiempo ya que, de otra manera, su ya muy dudosa justificación y eficacia devienen en un privilegio, la disposición final novena de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, intentó orientar el establecimiento de incentivos fiscales a modo de coadyuvantes de la política económica, y en el marco de la Ley de Presupuestos. El fracaso de este precepto ha sido tan estrepitoso como sonado el éxito del dirigismo fiscal.

8.4. Deducción por aprovechamiento de fuentes de energía renovables.

El artículo 2.Doce de la Ley 24/2001 ha dado nueva redacción al artículo 35.4 de la Ley 43/1995 al objeto de incorporar una nueva deducción para fomentar «...las inversiones realizadas en bienes de activo material nuevos destinadas al aprovechamiento de fuentes de energías renovables...».

Esta deducción sólo es aplicable por las empresas de reducida dimensión.

8.4.1. Supuesto de hecho.

El supuesto de hecho son las inversiones realizadas en instalaciones y equipos para alguna de las siguientes finalidades:

- Transformación de la energía solar en calor o electricidad.
- Transformación en calor o electricidad de residuos.
- Transformación en biogás de residuos biodegradables.
- Transformación en biocarburantes de productos agrícolas, forestales o aceites usados.

Las inversiones descritas pertenecen al inmovilizado material, y se caracterizan por la afectación a finalidades específicas.

8.4.2. Base de cálculo de la deducción.

La base de cálculo de la deducción está constituida por el importe de la inversión.

La forma en cómo se financie la inversión es indiferente. Además, no se establece recorte alguno por razón de la concesión de subvenciones, a diferencia de la deducción por I + D.

Aunque no existe una norma relativa al momento en el que se entiende realizada la inversión, es lógico entender que dicho momento será el de la puesta en condiciones de funcionamiento, considerando la necesidad de afectación de las instalaciones y equipos a una determinada finalidad.

8.4.3. Porcentaje.

Es el 10 por 100.

8.4.4. Incompatibilidades.

Nada prevé la norma sobre el particular, pero considerando la finalidad específica de las instalaciones y equipos es de suponer que no se presentarán solapamientos con otras deducciones. Tal vez exista una cierta posibilidad de duplicidad con el incentivo fiscal para la protección del medio ambiente regulado en el propio artículo 35.4 de la Ley 43/1995. En efecto, la «...recuperación o tratamiento de residuos industriales...» puede efectuarse para el cumplimiento de la normativa medioambiental, en cuyo caso se realiza el supuesto de hecho del incentivo fiscal para la protección del medioambiente, pero de dicho tratamiento o recuperación puede derivarse un aprovechamiento energético, en cuyo caso también se realiza el supuesto de hecho del incentivo fiscal para el aprovechamiento de fuentes de energía.

La posible concurrencia debe resolverse en favor de uno de los dos incentivos fiscales, a cuyo efecto deberán aplicarse criterios finalistas.

8.5. Deducción por contribuciones empresariales para la cobertura de pensiones.

El artículo 2.Catorce de la Ley 24/2001 ha añadido el artículo 36 quater a la Ley 43/1995, que establece una nueva deducción relacionada con los compromisos sobre pensiones asumidos por las empresas.

8.5.1. Supuesto de hecho.

El supuesto de hecho está constituido por las aportaciones realizadas por los empresarios a «...planes de pensiones de empleo o a mutualidades de previsión social que actúen como instrumentos de previsión social empresarial...».

El proyecto del Gobierno sólo se refería a las aportaciones a planes de pensiones de empleo, pero una enmienda en el Senado incorporó a las mutualidades de previsión social en cuanto instrumentos de previsión social empresarial. Pero lo más importante es que esa misma enmienda excluyó la deducción «...respecto de las contribuciones realizadas al amparo del régimen transitorio establecido en las disposiciones transitorias decimocuarta, decimoquinta y decimosexta de la Ley 30/1985, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados...».

La exclusión estaba muy justificada, pues aplicar una deducción para incentivar el cumplimiento de una obligación legalmente impuesta carecía de sentido. El texto del Gobierno hubiera supuesto que la Hacienda Pública se hiciera cargo de la décima parte de las aportaciones realizadas para dar cumplimiento a las obligaciones de exteriorización de compromisos sobre pensiones establecidas por la Ley 30/1995. Estamos ante un caso bastante singular, pues la normal es que el Gobierno, máximo guardián de la ortodoxia presupuestaria, se resista a la concesión de incentivos fiscales, y que las cámaras legislativas sean más proclives a tal concesión, en particular si la mayoría gubernamental no es absoluta.

También están excluidas las aportaciones que sean consecuencia de «...compromisos específicos asumidos con los trabajadores como consecuencia de un expediente de regulación de empleo...».

La nueva deducción se aplica para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2002, cualquiera que sea la fecha de nacimiento del compromiso sobre pensiones.

8.5.2. Base de cálculo de la deducción.

La base de cálculo de la deducción está constituida por el importe de las contribuciones empresariales imputadas a los trabajadores cuya retribución bruta anual sea inferior a 27.000 euros o por el importe proporcional correspondiente cuando aquella retribución sea superior a 27.000 euros. Por consiguiente el importe de la base de cálculo será el siguiente:

- Remuneraciones brutas anuales inferiores a 27.000 euros: contribución.
- Remuneración bruta anual superior a 27.000 euros: contribución $x \frac{27.000}{\text{Retribución bruta anual}}$

8.5.3. Porcentaje.

Es el 10 por 100.

8.5.4. Incompatibilidades.

Por su propia naturaleza no puede determinar solapamientos con el resto de las deducciones del Capítulo VI del Título IV. Además la deducción es compatible con la consideración como gasto fiscalmente deducible de las contribuciones para la formación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.3 de la Ley 43/1995.

9. LA DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN

9.1. Tributación de las plusvalías: aspectos generales.

El artículo 2.Trece de la Ley 24/2001 añade un nuevo artículo, el 36 ter, a la Ley 43/1995, que establece la denominada deducción por reinversión.

Las rentas obtenidas en la transmisión onerosa de determinados elementos patrimoniales motivarán una deducción de la cuota íntegra del 17 por 100, a condición de reinversión. El efecto práctico de la deducción consiste en que las plusvalías tributarán al 18 por 100 (diferencia entre el tipo general de gravamen y el 17 por 100). De esta manera se iguala la tributación de las plusvalías en los dos impuestos que gravan la renta, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sociedades, al menos en lo que concierne al tipo de gravamen.

La deducción será del 7 por 100, del 2 por 100 o del 22 por 100 cuando la base imponible tribute a los tipos del 25 por 100, del 20 por 100 o del 40 por 100, respectivamente.

La nueva deducción en nada afecta a los restantes aspectos de la tributación de las plusvalías en el Impuesto sobre Sociedades, de manera tal que, a diferencia del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las plusvalías no motivan una diferenciación en la formación de la base imponible. Las plusvalías podrán compensarse con pérdidas procedentes de las actividades ordinarias, y las minusvalías también podrán compensarse con rentas procedentes de las actividades ordinarias. La nueva deducción no supone interferencia alguna en la formación de la base imponible, que continúa teniendo carácter sintético.

Sin embargo, desde el punto de vista de la tributación efectiva la discriminación entre rentas ordinarias y extraordinarias es bien evidente, si bien esta discriminación ha sido una constante en la

historia del Impuesto sobre Sociedades. Cuestión diferente es que esté justificada en los principios de la imposición. La discriminación en favor de las rentas extraordinarias confiere a la deducción por reinversión el carácter de incentivo fiscal.

Este incentivo fiscal, como cualquier otro, no es neutral. Discrimina en favor de las plusvalías, por oposición a las rentas ordinarias. Sin embargo, aunque pudiera parecer lo contrario, no incentiva la autofinanciación. En efecto, la plusvalía se puede distribuir, sin que ello perjudique el disfrute de la deducción por reinversión. La fuente financiera de la reinversión es totalmente indiferente. Por ello la deducción por reinversión es neutral en relación con las decisiones de financiación.

La deducción por reinversión no es neutral, por el contrario, respecto de la composición del activo. La obligación de reinvertir para disfrutar de la deducción distorsiona las decisiones relativas a la estructura de los diferentes grupos de elementos patrimoniales que componen el activo. Una empresa que desee aumentar el circulante y para ello deba desinvertir no podrá disfrutar de la deducción por reinversión. Tampoco las que se hallen en un proceso de liquidación de activos en orden a reducir sus pasivos, entre otras.

La deducción por reinversión favorecerá, básicamente, a las empresas en expansión embarcadas en procesos de renovación del inmovilizado o de la cartera de control. Se trata, por tanto de un incentivo fiscal de incidencia presumiblemente muy desigual.

Al mismo tiempo que se establece la deducción por reinversión se suprime el diferimiento por reinversión, habiendo quedado derogado el artículo 21 de la Ley 43/1995, de acuerdo con lo previsto en la disposición derogatoria única de la Ley 24/2001 «...Con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2002...».

La nueva forma de tributación de las plusvalías nos aleja del entorno europeo. En efecto, con la excepción de Irlanda, Francia y Grecia el tipo de gravamen aplicable en los países de la Unión Europea es el mismo para todo tipo de rentas, y, además, todos los países de la Unión Europea, excepto Dinamarca, Francia e Italia, tienen diferimiento por reinversión². Abandonamos, pues, el diferimiento por reinversión que es el sistema mayormente utilizado para gravar las plusvalías y que en su día fue recomendado por el Informe Ruding, e incorporamos el muy minoritario sistema de tipo reducido para las plusvalías. Una vez más se deja sentir la influencia del sistema tributario francés, del que ya importamos la, también exclusivamente francesa, deducción por reinversiones para la implantación de empresas en el extranjero.

9.2. Requisitos de la deducción.

El derecho a la deducción está condicionado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

² FUENTE: *Commission Staff Working Paper. Company Taxation in the Internal Market*. Brussels, 23-10-2001. SEC (2001) 1681, pág. 36.

- La renta debe proceder de una transmisión onerosa.
- La renta debe integrarse en la base imponible.
- Los elementos patrimoniales transmitidos deben pertenecer a determinadas categorías.
- El importe de la transmisión onerosa debe reinvertirse.
- Hacer constar en memoria de las cuentas anuales el importe de la renta acogida a la deducción y la fecha de reinversión.

9.2.1. Transmisión onerosa.

El apartado 1 del artículo 36 ter establece que la transmisión determinante de la renta positiva deberá ser onerosa. La onerosidad es una cualidad de determinados negocios jurídicos. El negocio jurídico es la expresión de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, y su función es constituir, modificar o extinguir todo tipo de relaciones jurídicas. Llámense negocios patrimoniales a los que versan sobre bienes o intereses de naturaleza económica. Estos negocios pueden ser obligatorios o dispositivos, y dentro de estos últimos cabe distinguir a los traslativos, cuyo efecto es la transmisión de un derecho subjetivo, a diferencia de los constitutivos cuyo efecto es la constitución de un gravamen o de un derecho real sobre una cosa. La transmisión es el efecto de un negocio jurídico patrimonial traslativo. El negocio jurídico patrimonial traslativo puede, a su vez, ser oneroso o lucrativo, pudiendo el primero ser conmutativo o aleatorio. El negocio jurídico es oneroso cuando las partes intervinientes se proporcionan, recíprocamente, utilidad o ventaja patrimonial.

La renta que podrá afectarse a la deducción es la derivada de un negocio jurídico patrimonial, dispositivo, traslativo y oneroso. En este sentido, los contratos de compraventa y permuta, cuyo efecto es la traslación del dominio, serán los que típicamente originen la renta afectada a la deducción. También la aportación, la escisión parcial, el seguro de cosas, y la indemnización por pérdida del dominio. Por el contrario, los negocios jurídicos de tipo constitutivo, como el usufructo, ni los de tipo obligatorio, como el arrendamiento, serán aptos para generar rentas afectadas a la deducción. Tampoco las rentas originadas por una donación, por ser un negocio lucrativo, o las rentas derivadas de la accesión o la prescripción adquisitiva, porque no existe transmisión propiamente dicha.

9.2.2. Integración de renta en la base imponible.

Las rentas obtenidas en la transmisión onerosa deben estar «...integradas en la base imponible...». La integración se predica respecto de la renta obtenida en la transmisión onerosa, pero no se exige que la base imponible en la que se ha producido dicha integración sea positiva. La deducción también procede cuando la base imponible en la que se ha integrado la renta derivada de la transmisión sea negativa.

La no integración de una renta en la base imponible puede proceder de una exención en sentido propio o de una exención de carácter técnico. En la Ley 43/1995, las exenciones son de carácter técnico. Se trata de las contenidas en los artículos 20 bis.2, relativo a plusvalías de carteras de valores extranjeros, 20 ter, concerniente a establecimientos permanentes y 98, sobre transmisiones en operaciones de fusión y asimiladas. En todos estos casos la renta no se integra en la base imponible, bajo el cumplimiento de determinados requisitos, si bien por motivos diferentes y con efectos también diversos. En el caso de las plusvalías de cartera de valores y de las integradas en la renta de los establecimientos permanentes el motivo es evitar la doble imposición. La exención es definitiva. En las operaciones de fusión y asimiladas el motivo es facilitar la operación. La exención es un mero diferimiento.

En ambos supuestos no hay integración de renta en la base imponible, y, por tanto, no procederá la deducción del artículo 36 ter.

Tratándose de rentas diferidas del artículo 98, se opina que la deducción procede cuando la renta diferida se integre en la base imponible, de manera tal que la entidad adquirente se subroga en la deducción que la entidad transmitente no pudo practicar.

Tratándose de rentas exentas del artículo 20 bis.2, y también del 20 ter, la deducción se pierde definitivamente, porque también es definitiva la exención, aunque se trate de una exención de tipo técnico.

9.2.3. Elementos patrimoniales afectados.

La renta positiva debe ser obtenida en la transmisión de los elementos patrimoniales pertenecientes a alguna de las siguientes categorías:

- Inmovilizado, material e inmaterial [artículo 36 ter.2.a)].
- Valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorgan una participación no inferior al 5 por 100 sobre el capital social de las mismas [artículo 36 ter.2.b)].

9.2.3.1. Inmovilizado, material e inmaterial.

El artículo 184 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas establece que «El activo inmovilizado comprenderá los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la sociedad», y el artículo 176 enumera los elementos patrimoniales que pertenecen al inmovilizado, distinguiendo tres grupos: inmaterial, material y financiero. Finalmente, el Plan General de Contabilidad describe los elementos patrimoniales que se integran en las inmovilizaciones inmateriales (subgrupo 21), materiales (subgrupo 22) y materiales en curso (subgrupo 23). Son estos elementos patrimoniales los que pueden determinar rentas positivas acogibles a la deducción por reinversión.

Es indiferente la situación jurídica del elemento patrimonial, de manera tal que los cedidos en arrendamiento también podrán acogerse a la deducción por reinversión, incluso cuando la persona o entidad arrendataria estuviere vinculada con la propietaria. También es indiferente el destino económico del elemento patrimonial. Por tanto pueden acogerse también a la deducción por reinversión los elementos patrimoniales no afectos a la actividad empresarial. Sin embargo, como veremos más adelante, los elementos patrimoniales en los que se materialice la reinversión sí deben estar afectos a la actividad empresarial.

Los elementos patrimoniales utilizados en régimen de arrendamiento también podrán determinar rentas positivas afectas a la deducción por reinversión, puesto que los contratos de arrendamiento financiero generan un elemento patrimonial, los derechos de arrendamiento financiero, que pertenecen al inmovilizado inmaterial.

Además de pertenecer a una de las referidas categorías, los elementos han debido ser poseídos al menos un año antes de la transmisión.

9.2.3.2. Valores representativos de la participación en fondos propios.

Tres son las características que identifican a estos elementos patrimoniales:

- Son representativos de la participación en el capital social o en los fondos propios.
- Otorgan un porcentaje de participación no inferior al 5 por 100.
- Deben haberse poseído con un año de antelación a la fecha de transmisión.

La primera característica está recogida de manera confusa. Por una parte el párrafo dedicado a la descripción del elemento patrimonial se refiere a valores representativos de la participación «...en el capital o en fondos propios...», pero por otra, en el párrafo siguiente se excluyen expresamente a los valores que «...no otorguen una participación en el capital social...». Esta confusión ya existía en relación con el diferimiento por reinversión.

El párrafo relativo a la exclusión expulsa a todos los valores que siendo representativos de la participación en fondos propios no sean representativos del capital social. Esto quiere decir que la participación en todas las entidades jurídicas que no tengan capital social no son aptas para la deducción por reinversión. Éste es el caso, entre otros, de las participaciones en los fondos de inversión, ya que los mismos carecen de capital social o de los bonos de disfrute, que pese a incorporar derechos de contenido económico sobre los recursos propios no representan al capital social. Por el contrario, sí representan al capital social las acciones sin voto y las acciones rescatables, incluso a voluntad de la entidad emisora. Y no lo representan las obligaciones convertibles en acciones, ni tampoco cualesquiera otro valor que legalmente no represente el capital social aunque su remuneración esté vinculada a los beneficios obtenidos por la entidad emisora.

La segunda característica, también heredada del diferimiento por reinversión, ha dado pie a dos interpretaciones. Una, sostiene que basta con que los valores transmitidos procedan de una participación que otorgue un porcentaje de participación del 5 por 100 o más, aun cuando el que otorguen los valores transmitidos sea inferior; y otra, que es necesario que los valores transmitidos determinen, en sí mismos, dicho porcentaje de participación.

La segunda interpretación nos parece la correcta, por las razones que seguidamente se exponen. En primer lugar, es la que responde al tenor literal de la norma. En efecto, la norma legal se refiere a los «...elementos patrimoniales transmitidos...», pudiendo ser éstos valores «...que otorguen una participación no inferior al 5 por 100...», de manera tal que existe un enlace preciso y directo entre el elemento patrimonial transmitido y el porcentaje de participación en el capital social. En segundo lugar, también es la que se adapta mejor a una interpretación sistemática de la Ley 43/1995. En efecto, el artículo 28.5 refiere el porcentaje de participación a la participación tenida «...con anterioridad a la transmisión...», de manera tal que, con toda nitidez, se puede apreciar el distinto sentido de las palabras empleadas en dicho precepto y en el nuevo artículo 36 ter. En tercer lugar, si nos atenemos al objetivo de la deducción por reinversión, que parece consistir en facilitar las operaciones de recomposición del activo, superando el denominado «efecto cerrojo», parece más adecuado que dicha deducción verse sobre la transmisión de participaciones significativas antes que sobre valores procedentes de participaciones significativas pero que en sí mismos no constituyen participaciones significativas.

Todo beneficio fiscal, y la deducción por reinversión lo es, encierra algo de arbitrario. Podría el legislador haber referido el requisito del porcentaje de participación a la participación poseída en vez de hacerlo a la participación transmitida, sin que por ello quedaran perjudicados los principios básicos de la imposición, pero lo cierto es que no lo ha hecho.

Cuestión diferente es la forma en cómo debe determinarse el porcentaje de participación cuando los adquirentes son varios o cuando se realizan varias transmisiones a lo largo del período impositivo.

El elemento aglutinante de los valores a los efectos de considerarlos incluidos en una participación que determine un porcentaje de participación no inferior al 5 por 100 es la transmisión, esto es, el efecto de una relación jurídica que vincula a dos partes. Cuando los adquirentes son varios pero la relación jurídica única, existe tan sólo una transmisión, aunque de la misma resulte una cotitularidad. En este supuesto el porcentaje de participación deberá referirse a la totalidad de los valores transmitidos, sin que la cotitularidad resultante implique efecto divisor alguno respecto del mismo. Un supuesto en cierto modo similar desde la perspectiva de la entidad transmitente, que es precisamente la que interesa en la deducción por reinversión, aunque desde luego no idéntico, es la oferta pública de valores. En este caso existen tantas transmisiones como adjudicatarios, pero la voluntad negocial de la entidad transmitente es única y versa sobre la totalidad de la participación, de manera tal que es perfectamente lógico referir el porcentaje de participación al conjunto de los valores comprendidos en la oferta pública. El elemento aglutinador de los valores, en este caso especial, no es la transmisión en sí misma sino la voluntad negocial de la entidad transmitente definida y concretada en la oferta pública.

Diferente es el caso en que, a lo largo de un mismo ejercicio económico, se producen varias transmisiones, no ligadas por un propósito negocial único, que en su conjunto implican la transmisión de un porcentaje de participación igual o superior al 5 por 100. Aquí falla el elemento aglutinador, ya que, como venimos decidiendo, éste es la transmisión o, en el caso excepcional de la oferta pública, la voluntad negocial, pero el ejercicio económico no lo es. Sin embargo, el último inciso del último párrafo del artículo 36 ter.2, permite la acumulación de las participaciones transmitidas dentro del mismo período impositivo a los efectos del «...cómputo de la participación transmitida...», de manera tal que para determinar el porcentaje de participación habrán de sumarse las transmisiones realizadas dentro del mismo período impositivo.

La tercera característica consiste en que los valores transmitidos deben haberse poseído «..., al menos, con un año de antelación a la fecha de transmisión...».

La referida característica está referida al conjunto de los valores transmitidos que otorgan un porcentaje de participación no inferior al 5 por 100. Cada valor tiene su fecha de adquisición, y es necesario que todos y cada uno de los integrantes de la participación transmitida se hayan tenido con un año de antelación a la fecha de transmisión. Por tanto, si el conjunto de los que poseen tal característica no determinan un porcentaje no inferior al 5 por 100, la total plusvalía no dará lugar a la deducción por reinversión, y si en la participación transmitida hay valores con tal característica que determinan un porcentaje no inferior al 5 por 100, la parte de plusvalía imputable a los que no reúnan la característica temporal no podrá acogerse a la deducción por reinversión.

Tratándose de la transmisión de valores homogéneos entendemos que continúa en vigor la regla del artículo 31.1 del Real Decreto 537/1997, a cuyo tenor se entienden transmitidos los más antiguos.

9.2.4. Reinversión del importe de la transmisión.

El importe obtenido en la transmisión que genera la renta positiva debe reinvertirse en determinados elementos patrimoniales y dentro de ciertos plazos. Estos elementos patrimoniales deben mantenerse durante un cierto período de tiempo.

9.2.4.1. Elementos patrimoniales en los que debe efectuarse la reinversión.

Son los mismos que aquellos cuya transmisión genera la renta positiva que constituirá la base de cálculo de la deducción, con las siguientes matizaciones:

- Los elementos pertenecientes al inmovilizado, material o inmaterial, deben estar afectos a la realización de actividades económicas.
- Se excluyen los valores representativos del capital social o los fondos propios de entidades residentes en países o territorios calificados reglamentariamente como paraíso fiscal.

La Ley 43/1995, no contiene normas reguladoras de la afectación de elementos patrimoniales a las actividades económicas. Hasta el momento estas reglas no eran necesarias. Ahora lo son, aunque sólo a los efectos de la deducción por reinversión. La laguna puede cubrirse entendiendo aplicables las reglas contenidas en el artículo 27 de la Ley 40/1998. De todas ellas la principal es la que considera afectados a actividades económicas a aquellos elementos patrimoniales «...que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos (de actividades económicas)...», y también, por su rotundidad, la que descarta que puedan entenderse afectos a actividades económicas a «...los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros...». No obstante sí pueden afectarse a la reinversión los valores que otorguen una participación en el capital social no inferior al 5 por 100.

En líneas generales, pueden entenderse afectos a actividades económicas los elementos patrimoniales que generen ingresos no patrimoniales, es decir, distintos de los comprendidos en los apartados 5, 6 y 7 de la cuenta de pérdidas y ganancias del Plan General de Contabilidad.

9.2.4.2. Plazo para efectuar la reinversión.

La reinversión debe efectuarse dentro de alguno de los siguientes plazos:

- Dentro del período comprendido entre el año anterior a la fecha de la puesta a disposición del elemento patrimonial transmitido y los tres años posteriores.
- De acuerdo con un plan especial de reinversión aprobado por la Administración tributaria a propuesta del sujeto pasivo.

El plazo se inicia el día de la puesta a disposición del elemento patrimonial, excepto cuando los elementos patrimoniales transmitidos hubieran sido valores y se hubieran realizado dos o más transmisiones en el período impositivo, en cuyo caso «...dicho plazo se computará desde la finalización del período impositivo...». Esta regla refuerza la interpretación según la cual, a los efectos del requisito relativo al porcentaje de participación de 5 por 100, deben acumularse todas las transmisiones realizadas dentro del mismo período impositivo.

La reinversión se entiende efectuada en la fecha en que se produzca la puesta a disposición de los elementos patrimoniales en que se materialice. No obstante, tratándose de elementos patrimoniales que sean objeto de los contratos de arrendamiento financiero regulados en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, se considerará realizada la reinversión en la fecha de celebración del contrato, pero los efectos de la misma están condicionados, con carácter resolutorio, al ejercicio de la opción de compra.

El plan especial de reinversión sólo procede cuando las características técnicas de la reinversión así lo justifiquen. Una norma reglamentaria establecerá el procedimiento para la presentación

y aprobación de los planes de reinversión, siendo presumible que la misma se inspirará en criterios similares a los recogidos en los planes de reinversión concernientes al diferimiento por reinversión (artículos 37, 38 y 39 del Real Decreto 537/1997).

Los elementos patrimoniales objeto de la reinversión deben permanecer en el patrimonio del sujeto pasivo durante los siguientes tiempos:

- Cinco años, con carácter general.
- Tres años, para bienes de naturaleza mueble.
- La vida útil de los mismos, si fuere menor a cinco o tres años, según su naturaleza. La vida útil es la que corresponda al método de amortización utilizado, de entre los previstos en el artículo 11 de la Ley 43/1995.

La obligación de mantenimiento se entiende cumplida, aunque se transmita el elemento patrimonial objeto de la reinversión antes del cumplimiento del plazo de mantenimiento, «...si el importe obtenido o el valor neto contable, si fuera menor, es objeto de reinversión...».

Por último, debe notarse que los elementos patrimoniales en los que se materialice la reinversión pueden, a su vez, fundamentar otros beneficios fiscales, como, por ejemplo, la deducción por I + D, o por actividades anticontaminantes. Sustentamos la opinión precedente no sólo en la ausencia de una restricción expresa en tal sentido, sino también en la supresión, mediante enmienda en el Congreso, de una causa de exclusión a la deducción por reinversión consistente en que los elementos patrimoniales objeto de la reinversión dieran origen a algún beneficio fiscal, como la libertad de amortización o alguna de las deducciones previstas por la normativa del Impuesto sobre Sociedades.

9.2.5. Obligaciones de información contable.

Los sujetos pasivos harán constar en la memoria de las cuentas anuales el importe de la renta acogida a la deducción por reinversión y la fecha de la reinversión. Esta mención deberá constar en las memorias correspondientes a los ejercicios comprendidos dentro del plazo de mantenimiento.

9.3. Período impositivo en el que se aplica la deducción.

La deducción se practicará en la cuota íntegra del período impositivo en que se efectúe la reinversión. No obstante, cuando la reinversión se haya realizado antes de la transmisión, la deducción se practicará en el período impositivo de la transmisión.

En consecuencia, cuando la reinversión sea posterior a la transmisión y no se realicen en el mismo período impositivo, la deuda tributaria relativa a la renta será del 35 por 100 en el período de su obtención, y en el período de la reinversión se practicará una deducción que no corresponderá a renta de ese período impositivo. En este sentido es oportuno calificar a este incentivo fiscal como deducción por reinversión de beneficios extraordinarios. En efecto, no se concede un tratamiento privilegiado a las plusvalías, sino a la reinversión de los importes obtenidos en la generación de las mismas.

9.4. Fuente financiera de la reinversión.

El requisito de reinversión del «...importe obtenido en la transmisión que genera la renta objeto de la deducción...» no debe llevarnos a entender que debe existir un enlace material preciso y directo entre los recursos financieros obtenidos en la transmisión y los aplicados a la reinversión. En realidad tal enlace no es lógicamente posible. La adscripción de ciertos elementos del activo a determinadas fuentes de financiación carece de sentido real, de manera que sólo en términos formales es posible configurar dicha adscripción.

Cuestión diferente es que se impongan restricciones a la distribución de las rentas generadas por la transmisión a los socios. Todos los beneficios fiscales que tratan de privilegiar fiscalmente la autofinanciación pivotan sobre el requisito de no distribución de beneficios, así, por ejemplo, la reserva para inversiones en Canarias. La deducción por reinversión no responde a este tipo de incentivos. En efecto, ninguna restricción se impone respecto de la aplicación de la plusvalía, la cual, en cuanto integrante del resultado contable, podrá ser distribuida de acuerdo con las normas legales y de los preceptos estatutarios.

La financiación de la reinversión es indiferente. También la forma de pago, sea al contado o a plazo, como también es indiferente si el elemento patrimonial objeto de la reinversión está afecto al cumplimiento de obligaciones, incluso de carácter hipotecario. Lo importante es la adquisición de un elemento patrimonial apto para la reinversión. Lo irrelevante es la financiación del mismo y la forma de pago del precio.

9.5. Base de cálculo de la deducción.

La base de cálculo es el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión que se haya integrado en la base imponible. A lo largo de la tramitación parlamentaria, el proyecto de ley ha ido sufriendo diversas modificaciones en relación con diversos supuestos especiales, pudiéndose apreciar la existencia de puntos de vista diversos en el Congreso y en el Senado, de manera tal que textos eliminados en aquél fueron rehabilitados en éste.

A continuación examinamos los supuestos especiales o las reglas particulares, que son los siguientes:

- Límite del valor normal de mercado.
- Provisiones relativas a los elementos patrimoniales.
- Elementos patrimoniales en régimen de arrendamiento financiero.
- Rentas que han generado el derecho a practicar la deducción por doble imposición.
- Adquisición o utilización posterior de los elementos patrimoniales transmitidos.
- Corrección monetaria.

9.5.1. Límite del valor normal de mercado.

El proyecto de Ley excluía de la deducción por reinversión a las plusvalías derivadas de transmisiones entre sociedades pertenecientes al mismo grupo mercantil. Una enmienda en el Congreso suprimió esta exclusión, y otra enmienda en el Senado, que finalmente prevaleció, precisó que «...a los solos efectos del cálculo de esta base de deducción, el valor de transmisión no podrá superar el valor de mercado».

La solución es equilibrada, aunque tal vez el texto legal es superfluo porque a la misma hubiera podido llegarse por la vía del artículo 16 de la Ley 43/1995. En efecto, un valor de transmisión superior al de mercado no es concebible sino en operaciones vinculadas, y, en tal caso, el importe de la renta positiva podría corregirse por medio de lo previsto en el citado precepto. Tal vez el legislador haya querido atajar otras posibles vías de fraude, como por ejemplo la utilización de testaferrros que pueden servir de puente de tránsito para una posterior adquisición del elemento patrimonial por otra sociedad del grupo.

Las plusvalías por operaciones en el seno de un grupo mercantil dan derecho a la deducción por reinversión. Por el contrario las realizadas en el seno de un grupo fiscal no lo dan, según lo previsto en el artículo 89 de la Ley 43/1995.

La modificación de la base de la deducción fundamentada en que el valor de transmisión es superior al valor de mercado de ordinario denotará que la operación vinculada ha determinado una menor tributación o un diferimiento de la misma. Si dicho efecto de minoración o de diferimiento se corrige por aplicación del valor normal de mercado a los solos efectos de calcular la base de deducción no será necesario abrir el procedimiento de determinación del valor normal de mercado del artículo 16 de la Ley 43/1995. Si, por el contrario, con tal corrección no se subsana la menor tributación o el diferimiento de la misma, será necesario abrir el procedimiento del artículo 15 del Real Decreto 537/1997.

Así pues, en el curso de un mismo procedimiento de comprobación es posible que sea necesario determinar el valor normal de mercado de una misma operación a los efectos del artículo 16 y del artículo 36 ter, ambos de la Ley 43/1995.

El artículo 36 ter no prevé el procedimiento para determinar el valor de mercado. En tal caso, deberá aplicarse el artículo 52 de la Ley General Tributaria.

Ahora bien, tanto el procedimiento del artículo 15 del Real Decreto 537/1997, como el del artículo 52 de la Ley General Tributaria, deben llegar al valor de mercado; por tanto, al mismo valor. De aquí que la coordinación entre ambos procedimientos deba ser total, y el valor normal de mercado al que lleguen uno y otro debería ser el mismo. Por tal motivo sería aconsejable que el procedimiento del artículo 15 del Real Decreto 537/1997, en cuanto propio de las operaciones y específico del Impuesto sobre Sociedades, se aplicase de manera única. No hay, sin embargo, previsión normativa en este sentido.

9.5.2. Provisiones relativas a los elementos patrimoniales o valores.

Las provisiones relativas a los elementos patrimoniales o valores transmitidos no forman parte de la renta positiva, en cuanto las dotaciones a las mismas hubieran sido fiscalmente deducibles. Esta regla se aplicará especialmente en el caso de valores. Los fondos de amortización, por el contrario, sí forman parte de la renta positiva, aunque, como es lo normal, hubieran sido fiscalmente deducibles. No obstante, tampoco forman parte de la renta obtenida «...las cantidades aplicadas a la libertad de amortización o a la recuperación del coste del bien fiscalmente deducible (contratos de arrendamiento financiero)...».

Los fondos de amortización reflejan la pérdida de valor del activo por desgaste u obsolescencia, y las provisiones por variación a la baja de su valor de mercado. Provisiones y fondos de amortización reflejan una pérdida de valor, aunque procedente de diferente causa. En este sentido el tratamiento fiscal hubiera debido ser el mismo. Pero así como en la determinación de las líneas maestras de un impuesto neutral los matices son importantes, y la igualdad de trato de situaciones iguales es un elemento esencial en el diseño del tributo, en la configuración de los incentivos fiscales estos aspectos son secundarios, porque el incentivo fiscal, es por esencia, no neutral.

El aluvión de incentivos fiscales que en el Impuesto sobre Sociedades han sido aprobados en el último quinquenio han relegado al principio de neutralidad a la categoría de aspiración frustrada del legislador de 1995.

9.5.3. Elementos patrimoniales en régimen de arrendamiento financiero.

Los fondos de amortización forman parte de la renta positiva, pero no las cantidades aplicadas a libertad de amortización ni a la recuperación del coste del elemento patrimonial afecto a un contrato de arrendamiento financiero, en cuanto que hubieran resultado fiscalmente deducibles.

Por lo tanto, la renta positiva que deberá tomarse como base de cálculo de la deducción por reinversión no comprenderá las partidas referidas, aunque las mismas sí formarán parte de la base imponible.

9.5.4. Adquisición o utilización posterior de los elementos patrimoniales previamente transmitidos.

La adquisición o utilización posterior de los elementos patrimoniales transmitidos no impide la deducción por reinversión, pero la hace incompatible con la deducción de los gastos generados por aquellos elementos. Corresponde al sujeto pasivo elegir entre la deducción por reinversión y la deducción de tales gastos.

Generalmente será más beneficioso para el sujeto pasivo deducir los gastos. Pudiera suceder que, inicialmente, el sujeto pasivo liquide la deducción por reinversión, y que en un momento posterior a dicha liquidación sobrevenga la situación de incompatibilidad. En este caso el sujeto pasivo también puede ejercitar la opción, de manera tal que si opta por la deducción de los gastos deberá ingresar el importe de la deducción por reinversión con sus intereses, de acuerdo con lo previsto en el artículo 143.3 de la Ley 43/1995.

La incompatibilidad entre la deducción por reinversión y la deducción de los gastos se predica respecto de la situación tributaria del sujeto pasivo que efectuó la transmisión. En efecto, si al sujeto pasivo se le concede la opción entre la deducción por reinversión y la deducción de los gastos es porque ambas deducciones pueden concurrir en el mismo, y de ahí la incompatibilidad y la opción. Por tanto no es incompatible la deducción por reinversión en un sujeto pasivo y la deducción de los gastos en otro, aunque se hallen vinculados, incluso aunque ambos formen parte del mismo grupo mercantil. Más dudoso es que así también sea cuando se trate de un grupo fiscal, aunque podría entenderse que no existe incompatibilidad, siempre que, claro está, la deducción por reinversión hubiere procedido por haberse integrado la renta positiva derivada de la transmisión en la base imponible consolidada. Se trata de un caso dudoso, porque el sujeto pasivo es el propio grupo fiscal.

No creemos que sea contrario al espíritu de la norma admitir la deducción por reinversión en el sujeto pasivo que obtiene la renta positiva y la deducción de los gastos en el sujeto pasivo que adquiere el elemento patrimonial, aunque ambos se hallen vinculados. Es verdad que, en el conjunto de la operación, se produce un «ahorro fiscal». Pero éste es el efecto propio de la norma. No tiene sentido admitir dicho efecto en las operaciones entre no vinculados y negarlo entre vinculados. Es verdad que entre vinculados es posible que la transmisión determinante de la plusvalía únicamente tenga motivación fiscal, pero toda norma de privilegio fiscal tiene la potencialidad de desatar conductas con finalidad preponderantemente fiscal. Establecer un beneficio fiscal, para, acto seguido, negarlo a quienes acoplen su conducta a los requisitos para disfrutar del mismo so pretexto de que operan por motivaciones puramente fiscales carece de sentido.

En este sentido se comprende bien que una enmienda en el Congreso suprimiera una causa de exclusión del derecho a la deducción por reinversión cuando la transmisión se hubiere realizado entre sociedades pertenecientes al mismo grupo mercantil.

9.5.5. Rentas que han generado el derecho a practicar la deducción por doble imposición.

La base de cálculo de la deducción por reinversión no incluye «...la parte de la renta obtenida en la transmisión que haya generado el derecho a practicar la deducción por doble imposición...». Esta renta, después del Real Decreto-Ley 3/2000 y de la Ley 6/2000, únicamente puede ser la afectada por la deducción del artículo 28.5 de la Ley 43/1995, es decir la consistente en plusvalías obtenidas en la transmisión de carteras de valores representativos del capital de entidades residentes en territorio español. Esta cuestión se examinará con mayor detalle en un apartado posterior.

9.5.6. La corrección monetaria.

La corrección monetaria practicada de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.11 de la Ley 43/1995 no forma parte de la base de cálculo de la deducción. Así lo establece el penúltimo párrafo del apartado 5 del artículo 36 ter, aunque tal vez de manera superflua, porque es requisito de la deducción que la renta positiva se integre en la base imponible, y el efecto de la corrección monetaria es excluir de la base imponible la parte de renta debida a la depreciación de la moneda.

9.6. La deducción del artículo 36 ter y la deducción para evitar la doble imposición de dividendos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Los artículos 23.1 y 66 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, establecen un método para evitar la doble imposición de dividendos que, como es bien sabido, está basado en que el tipo efectivo del gravamen del Impuesto sobre Sociedades no sea inferior al 28,57 por 100. La redacción original de la Ley 43/1995 tuvo cuidado de evitar que cualquier deducción o bonificación establecida en la misma tuviera como efecto vulnerar el citado tipo efectivo, si bien posteriores modificaciones relativas a la deducción por I+D, ya no fueron respetuosas con dicha condición implícita en el sistema. Ahora se produce una nueva vulneración, esta vez más aparatosa, de la condición implícita puesto que el tipo efectivo de gravamen puede ser del 18 por 100. El efecto práctico de esta vulneración podrá ser una deducción para evitar la doble imposición de dividendos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas superior a la tributación que por el Impuesto sobre Sociedades han soportado los beneficios con cargo a los que se satisfizo el dividendo.

Veamos un *ejemplo*.

Beneficio sociedad (antes impuestos)	100
Impuesto sobre Sociedades	18
Beneficio sociedad (después impuestos)	82
Dividendo	82

Base imponible IRPF (82 x 1,4)	114,8
Cuota íntegra IRPF correspondiente a dividendos (marginal supuesto 40 por 100) ..	45,92
Deducción por doble imposición (82 x 0,4)	32,8
Cuota a ingresar	13,12
Total tributación (18 + 13,12)	31,12
Déficit de imposición (40 – 31,12).....	8,88

La nueva deducción del artículo 36 ter puede determinar un déficit de imposición en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Por tanto, desde un punto de vista lógico, podemos afirmar que existe una cierta incompatibilidad entre la deducción por reinversión y el método para eliminar la doble imposición de dividendos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

9.7. La deducción del artículo 36 ter y la deducción para evitar la doble imposición de dividendos del artículo 28.

Son tres las cuestiones a examinar:

- Congruencia de la deducción del artículo 36 ter con el sistema de deducción por doble imposición de dividendos establecido en el artículo 28.
- Compatibilidad de la deducción del artículo 36 ter con la deducción del artículo 28.5.
- Congruencia de la deducción del artículo 36 ter con la restricción a la deducción por doble imposición de dividendos del artículo 28.4.e).

En relación con la primera cuestión no apreciamos, a diferencia de lo que acontece en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, incongruencia alguna. La deducción para evitar la doble imposición de dividendos del artículo 28 está basada en el método de exención, de manera tal que el tipo efectivo de tributación de la sociedad que los distribuye es indiferente.

En relación con la segunda cuestión el artículo 36 ter.5 prevé que la deducción no se aplique cuando la renta positiva «...haya generado el derecho a practicar la deducción por doble imposición». Esta exclusión es heredera de otra que anteriormente existía en relación con el diferimiento por reinversión.

Cuando se presente el supuesto aludido debe practicarse la deducción del artículo 28.5 y no la del artículo 36 ter. La parte de renta que, en su caso, no tenga derecho a la deducción del artículo 28.5 sí podrá disfrutar de la del artículo 36.ter.

Veamos un *ejemplo*.

CONTABILIDAD

A			B		
Cv 100	a	T 100	T 100	a	C 100
	(constitución)			(constitución)	
_____	x	_____	_____	x	_____
T 1.100	a	Cv 100	T 1.000	a	HP 350
	(transmisión cartera)	P y G 1.000		(obtención beneficios)	P y G 650
_____	x	_____	_____	x	_____

LIQUIDACIÓN

Base imponible	1.000
Cuota íntegra (1.000/0,35)	350
Deducción artículo 28.5 (650/0,35)	227,5
Deducción artículo 36 ter [(1.000 – 650)/0,17]	59,5
Cuota	63

Total impuestos:

- Plusvalía soportada con beneficios no distribuidos: 350 (origen) + 0 (destino) = 350
- Plusvalía no soportada con beneficios no distribuidos: 0 (origen) + 63 (destino) = 63

En relación con la tercera cuestión, el artículo 28.4.e) excluye la deducción por doble imposición de dividendos cuando la distribución del dividendo no determine integración de renta en la base imponible o determine la depreciación de la participación. Esta exclusión no opera cuando se pruebe que «...un importe equivalente a la depreciación del valor de la participación se ha integrado en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades tributando a alguno de los tipos de gravamen previstos en los apartados 1, 2 y 7 del artículo 26 o en el artículo 127 bis) de esta Ley en concepto de renta obtenida por las sucesivas entidades propietarias de la participación con ocasión de su transmisión y que dicha renta no haya tenido derecho a la deducción por doble imposición interna de plusvalías».

El sentido de la restricción a la deducción por doble imposición y de la excepción a la restricción son sobradamente conocidos: se trata de evitar que existan déficit de imposición (se practica la deducción sin computar la renta) o excesos de imposición (no se practica la deducción habiéndose gravado previamente un importe equivalente).

Para que el delicado juego de la restricción y su excepción sea perfectamente correcto es necesario que la renta gravada con ocasión de una transmisión anterior de la participación lo haya sido por el tipo general de gravamen. La deducción del artículo 36 ter no interfiere formalmente en el referido requisito técnico, pero sí sustancialmente, en la medida en que lleva la tributación efectiva al 18 por 100.

Para evitar dicha interferencia sustancial el artículo 28.4.e) a') de la Ley 43/1995, ha sido modificado por el artículo 2.Nueve de la Ley 24/2001, en cuya virtud se ha incorporado un nuevo párrafo cuyo efecto es que la deducción por doble imposición de dividendos se practique al 18 por 100 «...cuando las anteriores entidades propietarias de la participación hubieran aplicado a las rentas por ellas obtenidas con ocasión de su transmisión la deducción por reinversión...».

Veamos un *ejemplo* (continutación del anterior).

	C		B
Cv 1.000	a	T 1.000	T 538
			HP 188
			a
			P y G 350
	(adquisición participación)		(beneficios posteriores a la toma de la participación)
	_____ x _____		_____ x _____
T 350	a	P y G 350	P y G 350
	(percepción de dividendos)		(distribución de dividendos)
	_____ x _____		_____ x _____
P y G 350	a	Prov. 350	
	(depreciación participación)		
	_____ x _____		

LIQUIDACIÓN

Base imponible	0
Cuota íntegra (350/0,35)	0
Deducción artículo 28.5 (350/0,18)	63
Deducción artículo 36 ter [(350 – 350)/0,17]	–
Cuota	(63)

El ejemplo propuesto pone de relieve que, tratándose de plusvalías de valores españoles, la deducción por reinversión supone, únicamente, una redistribución de la carga tributaria entre los sujetos pasivos intervinientes en la operación, adquirente y transmitente, sin que el importe global de la misma varíe, excepto si la sociedad participada no genera los beneficios futuros que se hallan implícitos en el exceso del valor de transmisión sobre el valor teórico. En efecto, la tributación de la sociedad participada no está afectada por la deducción por reinversión, y la deducción por doble imposición de dividendos en la entidad adquirente debe practicarse al 18 por 100, que es el tipo de gravamen efectivo que satisfizo el transmitente debido a la deducción por reinversión. Antes de la entrada en vigor de la deducción por reinversión el transmitente tributaba al 35 por 100 y el adquirente practicaba la deducción por doble imposición de dividendos al 35 por 100, después de dicha entrada en vigor uno y otro practican idénticas liquidaciones, sólo que al 18 por 100. Por tanto lo único que ha cambiado es la distribución de la carga tributaria entre ambos. No obstante, si contemplamos también los aspectos temporales de la operación, se observa que la nueva distribución de la carga tributaria implica, por relación a la precedente, diferir el pago del tributo, de manera parcial, hasta el período impositivo en el que se generan los beneficios en la sociedad participada.

Paradójicamente no se ha adoptado la misma modificación respecto del artículo 30.5 de la Ley 43/1995. Este precepto niega la integración en la base imponible de «...la depreciación de la participación derivada de la distribución de beneficios...» (lo que tiene un efecto equivalente a negar la deducción por doble imposición) excepto que el importe de los beneficios distribuidos «...haya tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación...». Pues bien, dicha tributación, cuando la entidad transmitente es residente en territorio español, ha podido también disfrutar de la deducción por reinversión del artículo 36 ter de la Ley 43/1995, de manera tal que lo apropiado hubiera sido haber modificado el artículo 30.5 de la Ley 43/1995 para dar al cómputo de la depreciación una eficacia equivalente al tipo de tributación del 18 por 100.

9.8. La deducción del artículo 36 ter y la deducción para evitar la doble imposición económica internacional del artículo 20 bis).

Como regla general la deducción por reinversión no se aplicará respecto de las plusvalías obtenidas en la transmisión de valores extranjeros, ya que tales plusvalías están exentas, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20.bis).2 de la Ley 43/1995, según redacción de la Ley 6/2000, de manera tal que aquellas plusvalías no se habrán integrado en la base imponible. Sin embargo, las plusvalías de cartera de valores extranjeros podrían disfrutar de la deducción por reinversión cuando se integren en la base imponible, lo que ocurrirá, entre otros casos, en los siguientes:

- Cuando la entidad participada esté exenta del impuesto que grava la renta.

- Cuando la entidad participada resida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.
- Cuando la entidad participada no obtenga al menos el 85 por 100 de sus ingresos de la realización de actividades empresariales, entendiéndose por tales, aquellas que no determinan ingresos que conforman las rentas sometidas a transparencia fiscal internacional.
- Cuando la entidad participada posea activos en territorio español por valor superior al 15 por 100 del valor del activo.
- Cuando la participación fue adquirida a una entidad del grupo mercantil que, con ocasión de la transmisión, hubiere sufrido pérdidas que se integraron en la base imponible.
- Cuando la entidad que obtiene la renta tributa en régimen de transparencia fiscal.
- Cuando la entidad participada desarrolle su actividad en el extranjero con la finalidad principal de disfrutar del régimen fiscal de exención.
- Cuando el sujeto pasivo hubiese optado por integrar en la base imponible las rentas de fuente extranjera.

En todos estos casos la exención del artículo 20 bis.2) no se aplica, de manera tal que la plusvalía se integra en la base imponible, y de aquí que, bajo el cumplimiento de los restantes requisitos, sea posible aplicar la deducción por reinversión.

La deducción por reinversión determinará que, en algunos casos, sea conveniente para el sujeto no aplicar el régimen de exención del artículo 20 bis.2. Así sucederá, por ejemplo, en el caso de pérdidas derivadas de la transmisión de participaciones adquiridas a entidades del grupo mercantil que obtuvieran rentas positivas en la previa transmisión de las mismas. En este supuesto es más conveniente integrar dichas plusvalías en la base imponible y aplicar la deducción por reinversión para poder computar las pérdidas, puesto que las pérdidas implican cuotas negativas teóricas al 35 por 100 y las plusvalías cuotas positivas al 18 por 100.

9.9. Aplicación temporal de la deducción por reinversión.

No existe una norma específica relativa a la entrada en vigor del artículo 36 ter, de manera tal que entrará en vigor el día 1 de enero de 2002, fecha de entrada en vigor de la Ley 24/2001. Por tanto, para períodos impositivos coincidentes con el año natural, el primer período impositivo en el que será aplicable la deducción por reinversión será el correspondiente a 2002.

La disposición transitoria tercera regula el régimen transitorio del diferimiento por reinversión del artículo 21 de la Ley 43/1995. A la fecha de entrada en vigor de la deducción por reinversión del artículo 36 ter, los sujetos pasivos podían encontrarse, en relación con el diferimiento por reinversión, en una de estas situaciones:

- Plusvalías ya realizadas, la reinversión efectuada, y el proceso de integración de plusvalías en la base imponible ya completado. Se trata de una situación extinguida respecto de la que no cabe normativa transitoria.
- Plusvalías ya realizadas, la reinversión no efectuada, y el proceso de integración de plusvalía en la base imponible todavía no iniciado.
- Plusvalías ya realizadas, la reinversión efectuada, y el proceso de integración de plusvalía en la base imponible todavía no completado.
- Plusvalía no realizada, pero sí realizada la reinversión con carácter previo.

Todas las situaciones precedentes están amparadas por el número Uno de la disposición transitoria tercera, excepto la señalada en cuarto lugar. En efecto, estamos en todas ellas ante rentas acogidas a la reinversión de beneficios extraordinarios del artículo 21 de la Ley 43/1995, de manera tal que dichas rentas «...se regularán por lo en él establecido y en sus normas de desarrollo, aun cuando la reinversión y demás requisitos se produzcan en períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2002...».

La situación segunda está regulada en el apartado Dos de la disposición transitoria tercera, en cuya virtud el sujeto pasivo podrá «...aplicar la deducción a que se refiere el artículo 36 ter de la Ley 43/1995...» a condición de que la renta se integre en la base imponible. La redacción del precepto ha suscitado dudas en cuanto al período impositivo en el que debe integrarse la renta.

Dos son las interpretaciones posibles:

- El período impositivo en el que debe integrarse la renta en la base imponible es aquel en el que se realiza la reinversión (para plusvalías obtenidas en 2001 hasta el 2004).
- El período impositivo en el que debe integrarse la renta en la base imponible es el primero que se inicie a partir de 1 de enero de 2002 (para ejercicios coincidentes con el año natural el 2002).

La literalidad de la norma lleva a la primera interpretación, porque liga el período impositivo en el que se realiza la reinversión con el período impositivo en el que debe integrarse la renta en la base imponible.

FALCÓN Y TELLA sostiene esta interpretación, pero, a la vez, se sorprende de tanta generosidad, porque «...respecto a la renta que el sujeto pasivo opte por acoger a la deducción de la cuota, se permite compatibilizar dicha deducción con el diferimiento... lo que incitará a diferir al máximo las reinversiones pendientes, sin sentido alguno. Y supone una discriminación frente a quienes, por ejemplo, transmitan en el 2002 y reinviertan en el 2004...». Por ello, concluye FALCÓN Y TELLA que «...la transitoria que nos ocupa debió obligar, a quienes desearon acogerse, total o parcialmente, a la deducción por reinversión, a integrar la renta en el primer ejercicio iniciado con posterioridad al 1 de enero de 2002...»³.

A nuestro modo de ver la segunda interpretación, aunque tal vez fuerce la letra de la norma, es la única que se adecua a su espíritu. En efecto, la norma tiene por finalidad permitir a los sujetos pasivos que hubieren obtenido rentas antes de la entrada en vigor de la deducción por reinversión, acogerse a la misma. En tal caso la integración de la renta debe realizarse en 2002 y la deducción cuando se produzca la reinversión. Esta interpretación, cuya dificultad en relación con el literal de la norma debemos reconocer, es, sin embargo, la que más se ajusta a su espíritu y finalidad, y la que evita discriminaciones.

La situación tercera está regulada en el apartado Tres de la disposición transitoria tercera, en cuya virtud el sujeto pasivo podrá aplicar «...la deducción a que se refiere el artículo 36 ter...» a condición de que la renta pendiente de integración se incluya en la base imponible «...de la primera declaración por este impuesto que se presente a partir de 1 de enero de 2002...», es decir, para períodos impositivos coincidentes con el año natural, la correspondiente a 2001. La inclusión de las rentas pendientes de integración en la base imponible puede hacerse respecto de la totalidad o parte de las mismas.

Estamos ante una opción, conferida al sujeto pasivo, de aplicar el artículo 21 o el 36 ter, ambos de la Ley 43/1995, pero, a diferencia del caso contenido en el apartado Dos, se trata de una opción que admite acoger al artículo 36 ter tan sólo parte de la renta que todavía está pendiente de integración, de manera tal que el resto de la renta podrá acogerse al régimen del ya derogado artículo 21 de la Ley 43/1995. La inclusión, total o parcial, de la renta pendiente habrá de producirse en relación con el primer período impositivo que deba declararse con posterioridad a 1 de enero de 2002, por lo común el correspondiente a 2001.

³ *Quincena Fiscal*. Número 22. Diciembre 2001.

10. NORMAS COMUNES A LA DEDUCCIÓN DEL CAPÍTULO IV DEL TÍTULO VI

El artículo 2 Quince de la Ley 24/2001 ha modificado el artículo 37 de la Ley 43/1995, a los efectos de ampliar el plazo de aplicación de las deducciones. Además, al añadir dos nuevas deducciones al Capítulo IV del Título VI, una de las cuales incorpora una precisión respecto del artículo 37, es conveniente recordar el contenido básico del citado artículo 37, que, como es sabido, fue modificado por la Ley 6/2000.

El artículo 37 regula tres materias:

- Límite de las deducciones del Capítulo IV del Título VI.
- Aplicación de las deducciones que han excedido de los límites.
- Mantenimiento de los elementos patrimoniales afectos a los límites.

10.1. Límites de las deducciones.

Las deducciones del Capítulo IV del Título VI se aplican después de las deducciones de los Capítulos II y III, que regulan, respectivamente, la deducción por doble imposición interna e internacional y las bonificaciones.

Las deducciones del Capítulo IV del Título VI están sujetas a los siguientes límites:

- Con carácter general, el 35 por 100 (de la cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional y las bonificaciones).
- Excepcionalmente, el 45 por 100, cuando el importe de la deducción de los artículos 33 y 33 bis que correspondan a gastos e inversiones efectuados en el propio período impositivo exceda del 10 por 100 (de la cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional y las bonificaciones).
- La deducción del artículo 36 ter no está sometida al límite.

10.2. Aplicación de los excesos.

Los excesos se aplican de acuerdo con las siguientes reglas:

- Con carácter general, en los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos.
- Las cantidades que correspondan a las deducciones de los artículos 33 (I + D e innovación) y 33 bis (tecnologías de la información y comunicación), en los períodos impositivos que concluyan en los quince años inmediatos y sucesivos.

Respecto de la deducción del artículo 36 ter el último párrafo del apartado 1 del citado precepto establece que «No se aplicará a esta deducción el límite a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 37», y que «A efectos del cálculo de dicho límite no se computará esta deducción». Sin embargo, nada se dice respecto de los excesos. Nótese que si bien la deducción del artículo 36 ter no está sometida a limitación es posible que su importe exceda de la cuota líquida (cuota íntegra menos las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional y las bonificaciones). Las deducciones de los artículos 28, 29 y 30 no están sometidas a limitación, pero pudiendo exceder de la cuota íntegra, existen previsiones de aplicación en los períodos impositivos que concluyen en los siete años inmediatos y sucesivos. Por el contrario nada se prevé respecto de las bonificaciones, de manera tal que las mismas no podrán aplicarse en períodos impositivos posteriores, aunque dada la técnica liquidatoria de las mismas no será normal que esto suceda.

¿Qué régimen deberán seguir las cantidades de deducción por reinversión que exceden de la cuota líquida? Caben tres soluciones:

- Se aplican, sin límite alguno, en todos los períodos impositivos inmediatos y sucesivos sin limitación.
- Se aplican de acuerdo con la regla general del artículo 37, es decir, dentro de los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos.
- No pueden aplicarse en ningún período impositivo diferente a aquel en que tuvieron origen.

Ninguna de las tres soluciones es satisfactoria. La primera, porque en todos los casos en los que una magnitud originada en un período impositivo deba surtir efectos en otro u otros, existe la correspondiente norma que así lo establezca. La segunda porque no parece lógico que no estando la deducción del artículo 36 ter sometida a limitación se someta al régimen menos favorable de aplicación de los excesos. La tercera porque, en todo caso, sería preferible la segunda, al ser la deducción del artículo 36 ter una deducción del Capítulo IV del Título VI.

A pesar de lo expuesto, se opina que la solución más correcta es la señalada en segundo lugar.

10.3. Mantenimiento de los elementos patrimoniales.

La regla del mantenimiento de los elementos patrimoniales es común a la totalidad de las deducciones del Capítulo IV del Título VI, incluida la deducción por reinversión del artículo 36 ter, si bien el apartado 6.a) de este precepto la reproduce, con una ligera matización.

La regla de mantenimiento, como ya sabemos, está basada en la naturaleza de los elementos patrimoniales, cinco años inmuebles y tres muebles, y en su período de amortización que sólo se aplica si es inferior a los citados plazos.