

EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN 2012 (Y IV). GRAVÁMENES ESPECIALES SOBRE RENTAS EXTRANJERAS. MEDIDAS LIMITATIVAS Y DE ESTÍMULO A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA. CONFLICTOS EN MATERIA DE AYUDAS DE ESTADO

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

EXTRACTO

La presente colaboración pone fin al examen de las modificaciones sufridas en 2012 por el Impuesto sobre Sociedades. Así, se abordan las siguientes materias:

- Tributación de los dividendos y plusvalías de cartera extranjera no susceptibles de amparo en el régimen de exención.
- Arrendamiento financiero naval.
- Limitaciones a la deducción de gastos.
- Limitaciones a la deducción de incentivos fiscales.
- El fondo de comercio financiero indirecto.
- Derogación de la libertad de amortización.
- Medidas fiscales inherentes a las operaciones de saneamiento financiero.
- Exención parcial de plusvalías inmobiliarias.
- Estímulos fiscales al empleo.
- Flexibilización de la exención de plusvalías de cartera extranjera.

Estas medidas se suman, recordémoslo, a otras de mayor relieve, entre las que destacan la regularización voluntaria de la situación tributaria mediante la presentación de la declaración tributaria especial, la actualización de balances, el nuevo régimen de la SOCIMI, la limitación a la compensación de bases imponibles negativas y, sobre todo, la restricción a la deducción de intereses.

Todas las medidas relacionadas encierran decisiones de política fiscal susceptibles de debate, si exceptuamos a la supresión de la insólita libertad de amortización. En efecto, esas medidas traerán recaudación para hoy pero pueden incidir negativamente sobre la inversión. El texto del Secretario del Tesoro británico que se trae a colación en el prefacio de este escrito es paradigmático. Cuestión distinta es la intolerancia frente a las conductas irregulares.

El estado de necesidad recaudatoria será un elemento de dicho debate, y otro la identificación de fuentes recaudatorias alternativas, en el seno del propio Impuesto sobre Sociedades.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, arrendamiento financiero naval, fondo de comercio financiero y libertad de amortización.

CORPORATE INCOME TAX AS OF 2012 (IV). SPECIAL LEVIES ON FOREIGN SOURCE INCOME. RESTRICTIVE AND INCENTIVE MEASURES FOR ECONOMIC ACTIVITY. ILLEGAL STATE AIDS CONFLICT

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

The instant collaboration ends up with the analysis of Corporate Income Tax modifications as of 2012. Therefore, the article deals with the following issues:

- Dividends and capital gains on foreign share sales taxation not eligible for the exemption regime.
- Shipping companies financial lease.
- Limitation of financial expense tax deductibility.
- Limitation of certain incentive deductions.
- Indirect financial goodwill.
- Repeal of «free amortization» regime.
- Tax measures inherent to financial restructuring.
- Real estate capital gains partial exemption.
- Tax incentives for employment creation.
- Exemption of capital gains on foreign share sales taxation becomes more flexible.

These measures are added to others even more relevant, including the extraordinary voluntary regularization by the submission of the special tax return, the balance sheet revaluation, Real Estate Investment Trust (REIT) tax regime; the net operating losses carry forward limitation, and above all, the limitation of financial expense tax deductibility.

All these measures are due to tax policies subject to debate, except for the repeal of the unusual «free amortization» regime. However, they will entail short-term higher collection ratios but they may also have a negative impact on investment. The text written by the Secretary of the Treasury of the United Kingdom which serves as the preface of this paper is paradigmatic. A different matter is the intolerance against irregular tax conducts.

The current need of collection will be one the issues to be discussed, and also the alternative collection sources, in between the scope of Corporate Income Tax.

Keywords: Corporate Income Tax, shipping companies financial lease, financial goodwill and «free amortization» regime.

Sumario

1. Repatriación de dividendos e inversiones financieras
 - 1.1. Naturaleza de los gravámenes especiales
 - 1.2. Estructura de los gravámenes especiales
 - 1.3. Relación con el Impuesto sobre Sociedades
2. El arrendamiento financiero naval
 - 2.1. El denominado sistema español de arrendamiento financiero naval
 - 2.2. La remoción del sistema español de arrendamiento financiero naval
 - 2.3. Descripción del régimen establecido por la Ley 16/2012
 - 2.4. Los incentivos fiscales intermediados
3. Limitaciones a la deducción de gastos
 - 3.1. Deducción correspondiente al fondo de comercio
 - 3.2. Deducción correspondiente a la diferencia de fusión
 - 3.3. Deducción correspondiente al intangible con vida útil indefinida
 - 3.4. Deducción correspondiente al denominado fondo de comercio financiero
 - 3.5. Deducciones por amortización
 - 3.6. Deducción de indemnizaciones por extinción de relaciones laborales o mercantiles
 - 3.7. Limitación a la deducción de intereses
 - 3.8. Limitación a la compensación de bases imponibles negativas
 - 3.9. Visión global de las limitaciones a la deducción de gastos
4. El fondo de comercio financiero indirecto
5. Libertad de amortización
 - 5.1. Antecedentes
 - 5.2. Derogación de la libertad de amortización y régimen transitorio
6. Impacto de la crisis financiera
 - 6.1. Régimen fiscal de las operaciones de aportación de activos a sociedades para la gestión de activos
 - 6.2. Régimen fiscal especial aplicable a las operaciones de reestructuración y resolución de entidades de crédito
 - 6.3. Exención de rentas derivadas de la transmisión de determinados inmuebles
 - 6.4. Régimen fiscal del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
 - 6.5. Régimen fiscal de los Fondos de Activos Bancarios

7. Estímulos fiscales al empleo
 - 7.1. Deducción por creación de empleo
 - 7.2. Tipo de gravamen especial por mantenimiento o creación de empleo
8. Límite a las deducciones del capítulo IV del título VI del TRLIS
 - 8.1. Límites a las deducciones vigentes en 2012 y 2013
 - 8.2. Plazo para la deducción de las cantidades pendientes
9. Exención de las rentas derivadas de la transmisión de la participación sobre entidades no residentes en territorio español
 - 9.1. Determinación de la renta positiva exenta
 - 9.2. Especialidades en la determinación de la renta positiva exenta
10. Epílogo

NOTA: Silvia LÓPEZ RIBAS ha tenido la amabilidad de leer este escrito y ha formulado valiosas observaciones. Los errores que pudiera contener son de la exclusiva responsabilidad de su autor.

«... This takes me to one of the great challengers of tax policy making. By and large, the most economically damaging taxes are very often the most popular taxes. Or perhaps I should say, least unpopular taxes. This is because the public tend to be less concerned about those taxes that they perceive as being paid by someone else. This includes Corporation Tax. The reason for this is that Corporation Tax reduces the return on capital which in turn reduces investment that can flow elsewhere. The reduction in investment reduces productivity gains and that will feed through to salaries. Our view is that uncompetitive levels of Corporation Tax result in economic distortions, inefficiency and a barrier to growth...»

GAUKE, D. *UK tax reform, a model for the US?* Oct 2012. Speech by Exchequer Secretary to the Treasury

«... But there are some forms of avoidance that have become so aggressive that I think it is right to say these raise ethical issues, and it is time to call for more responsibility and for governments to act accordingly...»

The speech of David Cameron, the UK Prime Minister, at the World Forum in Davos on 24 January 2012

1. REPATRIACIÓN DE DIVIDENDOS E INVERSIONES FINANCIERAS

1.1. NATURALEZA DE LOS GRAVÁMENES ESPECIALES

El artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) establece la exención de las rentas –dividendos y plusvalías– derivadas de las inversiones financieras sobre entidades no residentes que cumplen ciertos requisitos. Los gravámenes que seguidamente se comentan se proyectan sobre las rentas –dividendos y plusvalías– que no cumplen todos los requisitos que habilitan la exención.

El artículo 1. Tercero del Real Decreto-Ley 12/2012 ha incorporado una nueva disposición adicional decimoquinta al TRLIS, en cuya virtud se crea un gravamen especial respecto de las rentas de determinadas inversiones financieras extranjeras.

El artículo 26. Cuarto del Real Decreto-Ley 20/2012 ha incorporado una nueva disposición adicional decimoséptima al TRLIS, en cuya virtud se crea un gravamen especial respecto de los productos de determinadas inversiones financieras extranjeras.

Los dos gravámenes responden a la misma estructura, y se diferencian en las características fiscales de las inversiones financieras que pueden acogerse a uno y otro, así como en el tipo de gravamen.

Los dos gravámenes son fugaces, pues solamente tendrán vigencia en relación con rentas devengadas en 2012, si bien el segundo gravamen especial solo se aplica respecto de las rentas «que se devenguen hasta el 30 de noviembre de 2012».

Los dos gravámenes tienen carácter opcional respecto del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo se trata de verdaderos impuestos, ya que recaen sobre magnitudes demostrativas de capacidad económica, y una vez ejercitada la opción por los mismos son exigibles con carácter obli-

gatorio, conclusión esta a la que no se opone el hecho de que ambos desplacen la aplicación del Impuesto sobre Sociedades. Por tanto, no pueden considerarse como simples tipos especiales dentro de la estructura de dicho tributo.

Si es así, el vehículo normativo utilizado para su creación, esto es, el decreto-ley, no es el constitucionalmente apropiado.

Vistos en su conjunto, los dos gravámenes están diseñados para obtener una recaudación inmediata que, probablemente, no se hubiera logrado por la vía de una tributación ordinaria por el Impuesto sobre Sociedades, pues los contribuyentes convocados seguramente no hubieran hecho efectivas las rentas afectadas.

En un contexto de apelaciones reiteradas al endurecimiento de la lucha contra la acción nociva de los paraísos fiscales por parte de las instancias internacionales más caracterizadas, como pueden ser la OCDE, la Unión Europea o el G-8, la autoridad fiscal española habrá debido sopesar el importe recaudatorio esperado de los dos gravámenes especiales frente al efecto de desconfianza que los mismos pueden suscitar en dichas instancias¹.

1.2. ESTRUCTURA DE LOS GRAVÁMENES ESPECIALES

La estructura de los dos gravámenes especiales es la misma, distinguiéndose únicamente porque recaen sobre rentas distintas en atención a las características fiscales de las participaciones de las que proceden, amén de por el tipo de gravamen. Por tal razón se comentan conjuntamente.

1.2.1. Hecho imponible

Es la obtención de renta cuya naturaleza sea o bien la de dividendo o participación en beneficios o bien derivada de la transmisión de la participación, respecto de entidades no residentes en territorio español que reúnan parcialmente los requisitos necesarios para disfrutar de la exención prevista en el artículo 21 del TRLIS.

En el primer gravamen especial han de cumplirse los requisitos de porcentaje de participación [letra a) del art. 21.1 del TRLIS] y naturaleza empresarial de la renta [letra c) del art. 21.1 del TRLIS], y en el segundo basta con el requisito de la letra a).

El primer gravamen especial está pensado para amparar las rentas derivadas de entidades participadas que no tributan por un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades o que residen en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal pero que obtienen rentas empresariales, en tanto que el segundo, además, ampara las rentas de carácter no empresarial.

¹ Combating tax fraud and evasion. Commission contribution to the European Council (mayo de 2013).

El segundo gravamen especial no ampara las rentas derivadas de la transmisión de la participación de aquellas entidades que incurran en la letra a) del artículo 21.2 del TRLIS (activos o inversiones financieras imputables al territorio español en proporción superior al 15%).

Es interesante notar que no se establece restricción alguna en cuanto al título traslativo. Por tanto, podrá ser válida una aportación o cualquier otro negocio societario. Tampoco se establecen restricciones por razón de la persona adquirente, de manera tal que podría serlo una vinculada.

1.2.2. Sujeto pasivo

Lo son todos aquellos que lo sean del Impuesto sobre Sociedades. Por tanto, las personas físicas no podrán acogerse a ninguno de los gravámenes especiales.

1.2.3. Base imponible

En los dos gravámenes es el importe de la renta cuya obtención constituye el hecho imponible, es decir, el importe del dividendo o la participación en beneficios, o el importe de la renta derivada de la transmisión de la participación.

Tratándose de dividendos la norma define la base imponible como «el importe íntegro de los dividendos o participaciones en beneficios». Por tanto, se atenderá al importe del dividendo antes de cualquier retención que pudiera sufrir, sin que a ello se oponga el que dicha retención no genere la deducción por doble imposición internacional, como más adelante se explica. El mismo criterio se estima aplicable a las rentas derivadas de la transmisión de la participación.

Se establecen dos reglas especiales, una correspondiente a dividendos y otra a rentas derivadas de la transmisión de la participación.

La correspondiente a dividendos rechaza la integración en la base imponible de los dos gravámenes especiales de «la pérdida por deterioro del valor de la participación que pudiera derivarse de la distribución de los beneficios que sean objeto de este gravamen especial».

El párrafo se refiere a los dividendos o participaciones en beneficios que deban contabilizarse como ingresos, pues los que deban registrarse como minoración del valor de la inversión financiera por aplicación de las normas contables no realizan el hecho imponible.

Los dividendos afectados por la regla especial son los distribuidos con cargo a beneficios generados después de la adquisición de la participación que estaban implícitos en su precio de adquisición. Desde una perspectiva económica estos dividendos son recuperación de parte del precio de adquisición, pero contablemente deben ser considerados como ingreso y correlativo deterioro de la participación, puesto que la contabilización como menor valor de la inversión está reservada al caso en que los dividendos distribuidos procedan «inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición» de la participación, de acuerdo con lo previsto en la norma 9.2.8 del Plan General de Contabilidad.

La correspondiente a las rentas derivadas de la transmisión de la participación establece que la base imponible estará constituida, además de por la renta obtenida en dicha transmisión, «por la reversión de cualquier corrección de valor sobre la participación transmitida que hubiera tenido la consideración de fiscalmente deducible durante el tiempo de tenencia de la participación».

La corrección de valor es aquella que ha tenido efecto fiscal. Por tanto el deterioro contable sin efecto fiscal no está comprendido en la regla mencionada, pero sí lo está el deterioro puramente fiscal, sin reflejo contable, constituido por la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS concerniente a las entidades del grupo, multigrupo y asociadas.

Nótese que la norma precedente únicamente se refiere al deterioro, por tanto, a la pérdida de valor experimentada por la participación en sede del propio obligado tributario que decide acogerse a alguno de los dos gravámenes especiales. No contempla que forme parte de la base imponible del gravamen especial la pérdida habida en una transmisión anterior de la participación entre entidades que pertenecen al mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio en el que se integra el sujeto pasivo de cualquiera de los dos gravámenes especiales. Ahora bien, la integración de esa pérdida en la base imponible responde al mismo patrón lógico que la integración del deterioro, en cuanto el efecto fiscal de uno y otro es el mismo, en el contexto del grupo mercantil.

Las reglas concernientes a la determinación de la base imponible nada prevén en relación con la corrección por operaciones de carácter vinculado. En consecuencia la base imponible no podrá corregirse por este motivo. Cuestión distinta es que en sede del Impuesto sobre Sociedades de la entidad adquirente eventualmente pueda plantearse la corrección de la renta obtenida en una ulterior transmisión de los valores adquiridos.

1.2.4. Tipo de gravamen

El tipo de gravamen del primer gravamen especial es el 8% y el del segundo el 10%, con la salvedad de que la parte de base imponible imputable a las correcciones valorativas previas que hayan sido fiscalmente deducibles «tributará al tipo de gravamen que corresponda al sujeto pasivo». Ha de entenderse que ese tipo de gravamen es el del Impuesto sobre Sociedades.

EJEMPLO 1

Participación sobre una entidad residente en el extranjero que no está sujeta a un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades. Su transmisión depara un resultado contable extraordinario de 100; en un ejercicio anterior se aplicó la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS por importe de 20. La renta cumple los requisitos de las letras a) y c) del artículo 21 del TRLIS.

.../...

.../...

• Ingreso contable	100
• Ajuste fiscal	20
• Base imponible	120
• Cuota íntegra $[(100 \times 8\%) + (20 \times 30\%) = 8 + 6]$	14

Nada se prevé en relación con los valores adquiridos mediante una operación a la que se hubiera aplicado el régimen de diferimiento del capítulo VIII del título VII del TRLIS. Lo correcto sería que la parte de base imponible imputable a la plusvalía diferida tributase al tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades que corresponda al sujeto pasivo.

1.2.5. Deducciones de la cuota íntegra

El resultado de aplicar el tipo de gravamen a la base liquidable es la cuota íntegra [art. 56.1 b) de la LGT].

Ninguna deducción de la cuota íntegra se establece. Por tanto ninguna ha de aplicarse, por más que si la renta en cuestión hubiere tributado por el Impuesto sobre Sociedades alguna deducción fuere aplicable. No obstante, saliendo al paso de interpretaciones interesadas en los dos gravámenes especiales se precisa que las rentas sujetas a los mismos «no generarán derecho a la aplicación de la deducción por doble imposición internacional prevista en los artículos 31 y 32» del TRLIS.

EJEMPLO 2

Participación sobre una entidad residente en el extranjero que no está sujeta a un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades. Su transmisión depara un resultado contable extraordinario de 100; en un ejercicio anterior se aplicó la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS por importe de 20. La renta cumple los requisitos de las letras a) y c) del artículo 21 del TRLIS. En el país de la fuente se practicó una retención del 5 %.

• Ingreso contable	100
• Ajuste fiscal	20
• Base imponible	120
• Cuota íntegra $[(100 \times 8\%) + (20 \times 30\%) = 8 + 6]$	14
• Retención: no procede la deducción.	

1.2.6. Devengo

Tratándose de dividendos, los gravámenes especiales se devengan el día en el que se adopte el acuerdo de distribución. Por tanto, la fecha de pago es irrelevante. Consecuentemente, cualquier diferencia de cambio que pueda surgir entre los momentos del acuerdo y la distribución no ha de tomarse en consideración a los efectos de la liquidación de los gravámenes especiales. Cuestión distinta es que haya de surtir efecto en relación con el Impuesto sobre Sociedades, aspecto este que no aborda la regulación del gravamen especial.

Tratándose de rentas derivadas de la transmisión de la participación, los gravámenes especiales se devengarán el día en que se produzca la misma. A estos efectos habrá de estarse a las normas aplicables al negocio jurídico traslativo, debiendo por ello considerarse lo establecido en relación con los puntos de conexión por los artículos del capítulo IV del título preliminar del Código Civil, concernientes al derecho internacional privado.

1.2.7. Autoliquidación e ingreso

Los dos gravámenes especiales deberán ingresarse dentro de los 25 días siguientes a su devengo.

1.2.8. Aplicación de los convenios para evitar la doble imposición

Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición se aplican a los impuestos que en los mismos se citan. Por tanto, en principio, no se aplicarán a los gravámenes especiales. No obstante, son bastantes los convenios en los que se prevé una suerte de aplicación analógica a otros tributos «de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la firma del mismo y que se añadan a los actuales o los sustituyan».

Los gravámenes especiales bien podrían entrar en esa categoría de impuestos idénticos o similares, en cuanto su hecho imponible es la obtención de renta. No obstante, se está ante una cuestión más bien teórica puesto que España no suscribe convenios para evitar la doble imposición con paraísos fiscales y los gravámenes especiales apuntan hacia esas jurisdicciones.

Con todo, si se produjera una retención con arreglo a un convenio bilateral que resultase aplicable respecto de cualquiera de los dos gravámenes especiales, se opina que la misma debería ser deducida debido a la prevalencia del convenio sobre la legislación interna.

1.3. RELACIÓN CON EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Puesto que los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades lo son, potencialmente, de los dos gravámenes especiales, podría aflorar la tendencia a considerarlos a modo de tipos de grava-

men especiales por el Impuesto sobre Sociedades. Esa tendencia no sería correcta. Los dos gravámenes especiales son impuestos autónomos. Cuestión distinta es que existan relaciones entre esos gravámenes especiales y el Impuesto sobre Sociedades.

1.3.1. Relación de sustitución

La relación más evidente es la de sustitución. En efecto, las rentas sujetas a los gravámenes especiales son rentas sujetas al Impuesto sobre Sociedades. Pues bien, la tributación de esas rentas por cualquiera de los gravámenes especiales implica el efecto de su «no integración en la base imponible» del Impuesto sobre Sociedades.

La renta derivada de la transmisión de la participación sujeta a los dos gravámenes especiales ha de ser positiva. La renta negativa se integrará en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, de acuerdo con las reglas generales.

1.3.2. Rentas futuras

El adquirente de la participación, si es sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, tributará en lo sucesivo por las rentas derivadas de la misma de acuerdo con las reglas generales. Esas rentas podrán disfrutar del régimen de exención del artículo 21 del TRLIS si llegaren a concurrir los requisitos previstos en el mismo. En otro caso, las rentas derivadas de la transmisión de la participación, positiva o negativa, se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. También los dividendos, pero estos podrán disfrutar de la deducción para evitar la doble imposición prevista en el artículo 32 del TRLIS.

1.3.3. Pérdidas derivadas de la distribución de beneficios

Cuestión que no habrá de ser pacífica es si los gravámenes especiales habilitan el cómputo de las pérdidas, sea por deterioro o transmisión ulterior de la participación, que traen su causa de la distribución de los beneficios, en los términos previstos en el artículo 32.5 del TRLIS. La literalidad del precepto invita a una respuesta positiva puesto que los dos gravámenes especiales pueden procurar que «el importe de los citados beneficios haya tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación», pero la diferencia de 20 o 22 puntos porcentuales entre los tipos nominales de gravamen del Impuesto sobre Sociedades y los gravámenes especiales sugiere lo contrario.

Desde luego, las normas deben interpretarse atendiendo a su espíritu y finalidad, pero sin que el fruto de esa interpretación sea la aplicación del precepto que debió ser y no fue. En este sentido parece más apropiada la respuesta positiva.

2. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO NAVAL

El arrendamiento financiero naval ha saltado a las primeras páginas de los periódicos en cuanto determinante de una ayuda de Estado² que subsidia la construcción naval. Seguidamente se describe el régimen fiscal afectado por la decisión comunitaria, las medidas adoptadas para removerlo y la ventaja fiscal que todavía resta en pie.

2.1. EL DENOMINADO SISTEMA ESPAÑOL DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO NAVAL

La combinación de tres regímenes fiscales establecidos en el TRLIS, a saber, el del arrendamiento financiero del artículo 115, el de las entidades navieras en función del tonelaje del capítulo XVII y el de las agrupaciones de interés económico del capítulo II del título VII, determinaba, antes de las modificaciones introducidas por la Ley 16/2012, que una buena parte del valor de adquisición de un buque de nueva construcción fuera considerado como gasto fiscalmente deducible en sede de los socios de la agrupación de interés económico.

En síntesis, los elementos que determinaban ese efecto eran los siguientes:

- El artículo 115.6 del TRLIS procuraba a la agrupación de interés económico, en cuanto titular pasivo de un contrato de arrendamiento financiero, la ventaja fiscal propia de este tipo de contratos que, en síntesis, podía, y puede, cifrarse en una amortización acelerada calculada sobre el doble de los coeficientes de amortización según tablas de amortización oficialmente aprobadas. El apartado 11 de ese mismo artículo admitía que la amortización acelerada pudiera comenzar tras la suscripción del contrato de arrendamiento financiero, esto es, antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del buque, «atendiendo a las peculiaridades del periodo de contratación o de la construcción del bien, así como a las singularidades de su utilización económica».
- El artículo 48 del TRLIS permitía que la base imponible negativa derivada de la amortización acelerada así definida trascendiera a los socios de la agrupación de interés económico.
- El artículo 50.3 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), en combinación con el artículo 125.2 del TRLIS, determinaba que, con ocasión de la transmisión del buque al naviero por parte de la agrupación de interés económico, el exceso de la amortización acelerada sobre la amortización técnica quedase amparado por el régimen de tonelaje, en cuanto aquel precepto reglamentario excluía de la consi-

² Ayuda estatal SA.21233 (11/C) (ex NN, ex CP 137/06). *Régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero también conocidos como sistema de arrendamiento financiero fiscal español (SEAF).*

deración «de buques usados aquellos que hayan sido adquiridos mediante el ejercicio de la opción de un contrato de arrendamiento financiero cuyos efectos fiscales hayan sido objeto de previa autorización por parte de la Administración tributaria».

Véase, por tanto, que la ventaja fiscal no era un simple diferimiento del impuesto, sino que consistía en la configuración de una partida fiscalmente deducible de carácter absoluto, ajena por completo a la naturaleza de gasto contable.

En los párrafos 55 y 56 del expediente de ayuda de Estado instruido por la Comisión de la Unión Europea se sintetiza la ventaja fiscal del denominado *SEAF*³, distinguiendo entre la aceleración de la amortización y la conversión de esa ventaja en permanente, concluyendo en el párrafo 57 que «el efecto conjunto de las medidas fiscales descritas más arriba permite a la AIE y a sus inversores conseguir una plusvalía fiscal de aproximadamente el 30% del precio inicial bruto del buque...» lo que permite a la Comisión afirmar en el párrafo 83 que «el SEAF en conjunto constituye una ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE».

Cuestión distinta es la identificación de los beneficiarios de la ayuda de Estado, pues si bien es cierto que formalmente lo son los socios de la agrupación de interés económico, la Comisión no ignora los procesos de traslación de ventajas fiscales, y así señala que «la ayuda puede ser concedida a: las AIE que participan en las transacciones SEAF; sus inversores residentes en España, las empresas navieras, y posiblemente las compañías de arrendamiento financiero, los bancos y otros intermediarios que participan en el funcionamiento del sistema, así como los astilleros...»

Una decisión de la Comisión, de 17 de julio de 2013, establece la recuperación de las ayudas de Estado en cabeza de los financiadores, dejando a salvo a los astilleros. Así, en el comunicado de prensa se dice que «la Comisión ha concluido que este régimen ha otorgado una ventaja competitiva a las empresas miembros de las AIE creadas para estas operaciones».

No obstante, el importe a recuperar ofrece una cierta ambigüedad porque la rebaja de precio que el sistema procura a favor de la compañía naviera, estimado por la Comisión entre el 20 y el 30% sobre el precio percibido por el astillero, «ha contribuido, en cierta medida, a la realización de los objetivos de interés común perseguidos por las Directrices sobre ayudas de Estado al transporte marítimo...», de manera tal que «dado que esta rebaja la concede la AIE y no es imputable al Estado, la Comisión considera que no constituye ayuda estatal para la compañía naviera».

Por otra parte, las ayudas de Estado anteriores a abril de 2007 no serán recuperables en virtud de que, según la Comisión, es en ese momento cuando la decisión final de la investigación relativa al régimen francés de las AIE fiscales disipa las dudas que pudieran existir y, consiguientemente, no es oponible la confianza legítima.

³ Sistema español de arrendamiento financiero.

2.2. LA REMOCIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO NAVAL

La Ley 16/2012 ha puesto fin al régimen fiscal descrito, mediante:

- La objetivación de las causas que pueden justificar el inicio de los efectos fiscales del arrendamiento financiero antes de la puesta en funcionamiento del activo objeto del contrato de arrendamiento financiero. Esta medida limita la discrecionalidad administrativa (disp. final primera. Cinco de la Ley 16/2012). Consecuentemente se deroga el artículo 49 del RIS, por cuanto este precepto era desarrollo de la primitiva redacción del artículo 115.11 del TRLIS (disp. derog. única.2 de la Ley 16/2012). También se deroga el artículo 48.4 del TRLIS, en cuanto relacionado con la primitiva redacción del artículo 115.11 del TRLIS (disp. final primera. Tres de la Ley 16/2012).
- Derogación del artículo 50.3 del RIS, de manera tal que la renta positiva derivada de la transmisión de un buque adquirido mediante arrendamiento financiero constituida por la diferencia entre la amortización fiscal y la amortización técnica no podrá acogerse al régimen de tonelaje, en cuanto imputable a un buque que no se reputa nuevo (disp. derog. única.2 de la Ley 16/2012).

Se establece un régimen transitorio que, en esencia, prolonga los efectos de la normativa precedente respecto de los buques que hayan obtenido la autorización prevista en el artículo 115.11 del TRLIS «en un periodo impositivo iniciado antes de 1 de enero de 2013» (nueva disp. trans. trigésimo novena del TRLIS, incorporada por la disp. final primera. Seis de la Ley 16/2012).

La norma transitoria tiene su lógica en la protección de las operaciones realizadas bajo el supuesto de la obtención de unas importantes ventajas fiscales, las cuales tal vez no se hubieran concertado en un escenario fiscal distinto.

Sin embargo, respecto de esas autorizaciones, ha de tomarse en consideración que la disposición final quinta del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, ha añadido una nueva disposición transitoria, cuadragésimo segunda, al TRLIS, con el objeto de adecuar las mismas a la Decisión de la Comisión de 17 de julio de 2013, relativa al régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero, en cuya virtud, como no podría ser de otra manera, dichas autorizaciones carecerán de eficacia en la medida en que constituyan ayuda de Estado⁴.

⁴ «De acuerdo con lo establecido en los artículos 1 y 3 de la Decisión de la Comisión Europea de 17 de julio de 2013, relativa al régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero, las autorizaciones administrativas concedidas entre el 30 de abril de 2007 y el 29 de junio de 2011, en relación con el apartado 11 del artículo 115 de esta Ley según redacción vigente a 31 de diciembre de 2012, y con el régimen fiscal especial de entidades navieras en función del tonelaje, a favor de agrupaciones de interés económico, reguladas por la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico, tendrán las siguientes especialidades:

Nótese que los acuerdos de arrendamiento financiero naval anteriores a 30 de abril de 2007 no están afectados por la Decisión de la Comisión, y que los posteriores lo están en cuanto sean constitutivos de ayuda de Estado incompatible, y en la medida en que lo sean. Por tanto, se abre una consideración casuística de las operaciones realizadas, cuyo parámetro de regularidad ha de buscarse en el contenido de la Decisión de la Comisión.

2.3. DESCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR LA LEY 16/2012

Las modificaciones introducidas por la Ley 16/2012, sobre la base y amparo de la autorización de la Comisión⁵, no han afectado al núcleo de la ventaja derivada del régimen fiscal del arrendamiento financiero, aunque sí han puesto fin a la ayuda de Estado al impedir que la ventaja fiscal temporal se transforme en definitiva al amparo del régimen fiscal del tonelaje.

Continúa, pues, la ventaja de la amortización acelerada, y también la posibilidad de iniciar dicha amortización acelerada antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del bien objeto del contrato, pero esta ventaja ya no será constitutiva de ayuda de Estado en la medida en que no tiene carácter selectivo.

Con carácter general, los elementos patrimoniales del inmovilizado material e inversiones inmobiliarias comienzan a amortizarse «desde su puesta en condiciones de funcionamiento» (art. 1.4 del RIS). Coherentemente, la deducción de la recuperación de coste de los elementos objeto de un contrato de arrendamiento financiero, en cuanto limitada al doble de los coeficientes de amortización, se inicia, como regla general, tomando en cuenta «el momento de la puesta en condiciones de funcionamiento del bien» (art. 115.6 del TRLIS), si bien mediante autorización del Ministerio de Hacienda ese momento podía ser modificado «atendiendo a las peculiaridades del periodo de contratación o de la construcción del bien, así como a las singularidades de su utilización económica» (art. 125.11 del TRLIS, anterior a la modificación de la Ley 16/2012).

Pues bien, la nueva redacción del artículo 125.11 del TRLIS establecida por la Ley 16/2012 ha supuesto el tránsito de un régimen de autorización administrativa a otro de comunicación a la Administración tributaria, en cuya virtud las entidades arrendatarias tendrán la facultad de comenzar la recuperación del coste del bien objeto del contrato en «el momento del inicio efectivo de la construcción del activo», esto es, antes de la puesta en funcionamiento, bajo el cumplimiento de un conjunto de requisitos.

a) Lo dispuesto en el apartado 11 del artículo 115 de esta Ley, según redacción vigente a 31 de diciembre de 2012, no resultará de aplicación en la medida en que constituya ayuda de Estado incompatible en los términos previstos por la referida Decisión.

b) No resultará de aplicación el régimen fiscal especial de entidades navieras en función del tonelaje a las agrupaciones de interés económico, en la medida en que constituya ayuda de Estado incompatible en los términos previstos por la referida Decisión.»

⁵ SA.34936(2012/N).

Podrán acogerse a este régimen los contratos relativos a los siguientes activos:

- Por su naturaleza técnica, aquellos que no se produzcan en serie, «sino que reúnan requisitos técnicos y de diseño singulares» (letra c).
- Por el tiempo de construcción, aquellos que agoten «un periodo mínimo de 12 meses».
- Por las características del contrato del que son objeto, aquellos en los que las cuotas se «satisfagan de forma significativa antes de la finalización de la construcción del activo».

En consecuencia, respecto de los elementos patrimoniales que cumplan los requisitos precedentes, la aceleración de amortizaciones se producirá antes de la puesta en condiciones de funcionamiento, de manera tal que la ventaja es doble: aceleración y anticipación.

Es claro que el régimen de aceleración y anticipación descrito podrá ser aplicado respecto de los contratos de arrendamiento financiero relativos a la construcción de buques, ya que en ellos concurrirán normalmente los requisitos citados.

Ciertamente, por el portillo del apoyo a la construcción naval podrá entrar un conjunto variado e impreciso de elementos patrimoniales: es el precio de la adecuación de la ventaja fiscal a la normativa sobre ayudas de Estado, que exige su generalización⁶.

2.4. LOS INCENTIVOS FISCALES INTERMEDIADOS

Dejando al margen cuanto de atendible, en términos sociales, pueda haber en el objetivo de subsidiar una industria que, como la de la construcción naval, tanto ha venido sufriendo en las últimas décadas, es interesante reflexionar sobre el alcance del párrafo que el escrito de la Comisión dedica a los posibles beneficiarios de las ayudas. No son solo los astilleros, tal vez ni siquiera con carácter principal, los beneficiarios efectivos de las ayudas, sino un cúmulo de inversores a los que la Comisión denomina «contribuyentes españoles muy lucrativos que esperan rendimientos de su inversión en forma de una base imponible reducida», se dibuja como el núcleo beneficiario.

Ahora bien eso sucede con todos los incentivos fiscales cuya canalización se realiza a través de intermediarios financieros o prestadores de servicios financieros o, en general, inversores financieros, los cuales intentarán captar para sí la mayor parte de la ventaja fiscal.

El régimen fiscal del arrendamiento financiero, y el de los partícipes de las instituciones de inversión colectiva y fondos de pensiones son, tal vez, los casos que mejor ilustran la afirmación precedente.

⁶ El comunicado del vicepresidente de la Comisión, Joaquín Almunia, describe perfectamente la situación: «De cara al futuro, existe un régimen fiscal no selectivo aprobado por la Comisión en noviembre de 2012 que puede utilizarse, entre otros fines, para financiar el sector naval».

El Real Decreto-Ley 15/1977 estableció que las cuotas de arrendamiento serían fiscalmente deducibles, de manera tal que concedió a las entidades de arrendamiento financiero patente para distribuir el incentivo fiscal de la libertad de amortización. La Ley 26/1988 estableció plazos mínimos de duración de los contratos de arrendamiento financiero, según que los bienes objeto de los mismos fueran muebles o inmuebles, y de esta manera morigeró ligeramente esa patente llevándola al territorio de la amortización acelerada.

A raíz del Plan General de Contabilidad de 1990, la ventaja fiscal del arrendamiento financiero, antaño escondida tras las bambalinas de las formas jurídicas, quedó al descubierto. El Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades de 1995 propuso el alineamiento de la regulación fiscal con la contable⁷, pero la Ley 43/1995 no reflejó este planteamiento, limitándose a poner un techo a la aceleración de amortizaciones concretado en el doble de los coeficientes de amortización establecidos en las tablas de amortización oficialmente aprobadas, lo que redujo la ventaja fiscal, pero no la eliminó. Es más, esa ventaja se ensanchó posteriormente mediante la incorporación del apartado 11 al artículo 115 del TRLIS por obra de la Ley 22/2005, al objeto de anticipar la aceleración de la amortización, y todavía continúa, en la forma expuesta, tras la modificación establecida por la Ley 16/2012.

Véase como la ventaja fiscal del arrendamiento financiero ha navegado con éxito en los procelosos mares de las ayudas de Estado y de las restricciones a la deducción de ciertas partidas en el Impuesto sobre Sociedades, aprobadas, básicamente, durante el año 2012.

La ventaja fiscal del arrendamiento financiero solo puede ser aprovechada por entidades con elevada capacidad de generar beneficios, del mismo modo que, dicho sea entre paréntesis, la limitación a la deducción de intereses establecida en la nueva redacción del artículo 20 del TRLIS solo podrá ser superada por entidades con capacidad de generar elevados resultados de explotación.

Se abre así un amplio campo para la reflexión fundamentada en los principios de la imposición. La crítica del régimen fiscal del arrendamiento financiero, y su misma existencia, es fácil desde la perspectiva de los principios de neutralidad y suficiencia recaudatoria, pero la adopción de decisiones de política fiscal coherentes con los mismos no lo es tanto, cuando convergen la presión social y los intereses de los intermediarios e inversores financieros.

3. LIMITACIONES A LA DEDUCCIÓN DE GASTOS

Las necesidades recaudatorias han propulsado un conjunto de reformas limitativas de la deducción de gastos. Estas limitaciones están diseminadas, excepto la relativa a las amortizaciones, en varias

⁷ Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades (IEF, mayo 1994), en cuya página 103 se decía que «en el supuesto en el que el importe a pagar por el ejercicio de la opción de compra sea inferior al valor residual del bien objeto del contrato determinado en función de las normas generales sobre amortización y, por lo tanto, quepa esperar que dicha opción sea ejercitada, la regulación fiscal debe ser coincidente con la contable».

normas con rango de decreto-ley, y se establecen una vez iniciado el periodo impositivo de 2012, pero antes de su conclusión, por tanto encierran una retroactividad débil, constitucionalmente admisible.

3.1. DEDUCCIÓN CORRESPONDIENTE AL FONDO DE COMERCIO

Con efectos para los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2012 o 2013 la partida fiscalmente deducible correspondiente al fondo de comercio prevista en el artículo 12.6 del TRLIS «está sujeta al límite anual máximo de la centésima parte de su importe» (art. 1. Primero. Uno del RDL 12/2012).

Por tanto, de la veinteava parte del importe del fondo de comercio se pasará en 2012 y 2013 a la centésima parte de dicho importe. En 2014 y sucesivos se recuperará la deducción de la veinteava parte, hasta que la suma de las deducciones practicadas en todos los periodos impositivos concernidos alcance el importe del fondo de comercio.

La Consulta V1544/2009 (NFC032950) de la Dirección General de Tributos ha indicado que la corrección de valor del fondo de comercio será fiscalmente deducible con independencia de que se cumplan o no los requisitos del artículo 12.6 del TRLIS. La cantidad deducible será el importe de la corrección de valor que exceda de las deducciones acumuladas previamente practicadas al amparo de lo previsto en dicho precepto. ¿Se aplica la limitación también al gasto contable así configurado fiscalmente?

La literalidad del precepto que establece la limitación (minorada en las deducciones aludidas) anima a la respuesta negativa, de manera tal que la corrección de valor contable correctamente practicada sería íntegramente deducible, pero el contexto en el que se inserta la limitación, patentemente teñido de una vitola recaudatoria, milita en sentido contrario. Es dudoso que el contexto deba prevalecer sobre el sentido que la doctrina administrativa, anclada firmemente en el artículo 10.3 del TRLIS, ha otorgado a la relación entre la partida fiscalmente deducible del artículo 12.6 del TRLIS y la corrección contable del fondo de comercio.

3.2. DEDUCCIÓN CORRESPONDIENTE A LA DIFERENCIA DE FUSIÓN

Con efectos para los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2012 o 2013, la deducción de aquella parte de la diferencia de fusión fiscalmente eficaz, del artículo 89.3 del TRLIS, no imputable a bienes y derechos está sujeta «al límite anual máximo de la centésima parte de su importe» (art. 1. Primero. Dos del RDL 12/2012).

La norma limitativa no altera el régimen sustantivo de la diferencia de fusión fiscalmente eficaz. Simplemente impone una limitación temporal a la deducción de aquella parte de la diferencia de fusión fiscalmente eficaz imputable al fondo de comercio. Por tanto, para calcular la limitación es preciso determinar ese fondo de comercio, que, obsérvese bien, no coincidirá nece-

sariamente con el contabilizado en las cuentas individuales, en la medida en que la renta derivada de la transmisión de la participación que ha posibilitado la fusión impropia no haya tributado plenamente, todo ello de acuerdo con las previsiones del citado artículo 89.3 del TRLIS.

Se presenta aquí la misma incertidumbre expuesta en el apartado precedente relativa a la corrección de valor contable.

La recuperación del importe no deducido se producirá a partir de 2014.

3.3. DEDUCCIÓN CORRESPONDIENTE AL INTANGIBLE CON VIDA ÚTIL INDEFINIDA

Con efectos para los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2012 o 2013, la partida fiscalmente deducible correspondiente al inmovilizado intangible del artículo 12.7 del TRLIS «está sujeta al límite anual máximo de la cincuentava parte de su importe» (art. 26. Primero. Tres del RDL 20/2012).

Se observará que el techo del límite está referenciado a una deducción del 10%, por tanto ha sido calculado coherentemente con el techo del límite correspondiente a la partida del fondo de comercio, ya que esta última está referenciada a una deducción del 5%.

Se plantea, igualmente, la cuestión concerniente a la limitación de la corrección de valor contable, en los mismos términos anteriormente examinados en relación con el fondo de comercio.

La recuperación del importe no deducido se producirá a partir de 2014.

3.4. DEDUCCIÓN CORRESPONDIENTE AL DENOMINADO FONDO DE COMERCIO FINANCIERO

Con efectos de los periodos impositivos que se inicien dentro de los años de 2011, 2012 y 2013, la partida fiscalmente deducible del artículo 12.5 del TRLIS «está sujeta al límite anual máximo de la centésima parte de su importe» (art. 9. Primero. Tres del RDL 9/2011).

Puede observarse que esta limitación se introdujo en 2011. Sin embargo, no puede ser tomada como precursora de las anteriores, por cuanto el artículo 12.5 del TRLIS encierra una ventaja fiscal, actualmente restringida por causa de la normativa comunitaria concerniente a las ayudas de Estado, en tanto que las deducciones relativas al fondo de comercio y a los intangibles responden a la finalidad de objetivar, a efectos fiscales, los gastos contables correspondientes al deterioro de los activos concernidos.

La recuperación del importe no deducido se producirá a partir de 2014.

3.5. DEDUCCIONES POR AMORTIZACIÓN

El artículo 7 de la Ley 16/2012 limita la deducción de la amortización contable del inmovilizado material, intangible y de las inversiones inmobiliarias, esto es, de toda la amortización contable, en relación con los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2013 y 2014, de manera tal que solamente se deducirá «hasta el 70 % de aquella que hubiera resultado fiscalmente deducible de no aplicarse el referido porcentaje».

3.5.1. Determinación de la limitación

Para aplicar la limitación bastará con multiplicar por 0,7 la amortización contable que hubiere sido fiscalmente deducible por aplicación de las normas generales, esto es, las contenidas en el artículo 11.1 y 4 del TRLIS y en los artículos 1 a 4, ambos inclusive del RIS. Nótese, por tanto, que no se trata de un techo igual al 70 % de la cuota de amortización máxima según tablas de amortización oficialmente aprobadas, sino de una reducción del 30 % de la cuota de amortización contable que resulte ser fiscalmente deducible.

En síntesis, la secuencia para llegar a la amortización fiscalmente deducible por amortización es la siguiente: amortización contable, amortización fiscalmente deducible, limitación.

Tratándose de elementos en arrendamiento financiero, la deducción de la cuota de recuperación de coste no podrá rebasar el 70 % del resultado de aplicar el doble del coeficiente de amortización lineal según tablas de amortización oficialmente aprobadas al coste del bien objeto del contrato. En este caso, la secuencia para llegar a la partida fiscalmente deducible prescinde de la amortización contable.

3.5.2. Empresas de reducida dimensión

Con carácter general, la limitación no se aplica respecto de las empresas de reducida dimensión (capítulo XII del título VII del TRLIS).

No obstante, la limitación sí se aplica «respecto de aquellos bienes que se amorticen según lo establecido en los artículos 111, 113 o 115 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, pero solamente cuando el sujeto pasivo no cumpla los requisitos establecidos en los apartados 1, 2 o 3 del artículo 108 de dicha Ley en el periodo impositivo correspondiente».

En consecuencia, las empresas de reducida dimensión no están afectadas por la limitación, pero sí lo están las que lo fueron en el momento de la puesta en funcionamiento de los elementos concernidos y ya no lo son en 2013 o en 2014.

Por tanto, las empresas que eran de reducida dimensión en el momento de la puesta en funcionamiento podrán aplicar la amortización acelerada, en sus dos modalidades, de acuerdo con lo

previsto en los artículos 111 y 113 del TRLIS, pero la misma queda limitada al 70%. Aquí la secuencia para llegar a la amortización fiscalmente deducible prescinde de la amortización contable.

3.5.3. Amortización mediante plan o prueba específica

La limitación no se aplica «respecto de aquellos elementos patrimoniales que hayan sido objeto de un procedimiento específico de comunicación o de autorización, por parte de la Administración tributaria, en relación con su amortización».

El texto normativo se refiere, básicamente, a los planes de amortización regulados en el artículo 5 del RIS. No se advierte cuál pueda ser la razón de excluir la limitación en este supuesto, pues el plan de amortización puede ser, lógicamente, afectado por una ley posterior.

Por el contrario, la limitación sí se aplica cuando el sujeto pasivo justifica que la amortización contable, aun excediendo de la prevista en las tablas de amortización oficialmente aprobadas, es efectiva.

3.5.4. Deterioro

La limitación no se aplica respecto del deterioro. Un deterioro correctamente determinado de acuerdo con las normas contables será fiscalmente deducible. La norma precisa que «no tendrá la consideración de deterioro la amortización contable que no resulte fiscalmente deducible» como consecuencia de la limitación.

Este párrafo pretende salir al paso de posibles interpretaciones interesadas de la limitación. Mas en rigor es totalmente innecesario, pues la porción de amortización contable que resulta ser fiscalmente no deducible no puede ser calificada como deterioro, al menos si damos a ese término el sentido que tiene de acuerdo con las normas contables [art. 38 c) del CCo], como así parece procedente.

3.5.5. Recuperación de las cantidades afectadas por la limitación

La parte de la amortización que hubiera resultado ser fiscalmente deducible de no ser por la limitación «se deducirá de forma lineal durante un plazo de 10 años u opcionalmente durante la vida útil del elemento patrimonial, a partir del primer periodo impositivo que se inicie dentro de 2015».

Por tanto, a partir de 2015, inclusive, se deducirá la amortización correspondiente al periodo impositivo, y se recuperará la amortización no deducida en 2013 y 2014 por causa de la limitación.

La recuperación ha de hacerse en forma lineal, sea durante diez años contados a partir de 2015, inclusive, o durante los años de vida útil que resten al elemento patrimonial a partir de 2015, inclusive. En consecuencia, aunque el método de amortización que se siguiere no fuere lineal, por ejemplo mediante dígitos o mediante porcentaje constante, la recuperación deberá hacerse de forma lineal.

Naturalmente, la transmisión del elemento patrimonial determina la regularización de los importes pendientes de recuperar mediante su influencia en el cálculo de la renta fiscal derivada de dicha transmisión.

3.6. DEDUCCIÓN DE INDEMNIZACIONES POR EXTINCIÓN DE RELACIONES LABORALES O MERCANTILES

La nueva letra i) del artículo 14.1 del TRLIS establece una limitación a la deducción de los gastos derivados de la extinción de relaciones laborales o de la prestación de ciertos servicios mercantiles (disp. final primera. Primero. Uno de la Ley 16/2012).

Los gastos afectados son:

- Los derivados de la extinción de la relación laboral, cualquiera que sea la causa de dicha extinción y el fundamento de la retribución. Por tanto, no solo las indemnizaciones, sino también otros conceptos, tales como los premios por jubilación, ya sean en dinero o en especie, pero no los premios por antigüedad, en la medida en que los mismos no se hallen asociados a la extinción de la relación laboral.
- Los derivados de la extinción de la relación mercantil concerniente a administradores y miembros de los Consejos de Administración o de órganos asimilados.

Por el contrario, no quedan afectadas las remuneraciones ordinarias ni los honorarios inherentes a la prestación de servicios profesionales, por elevados que ambos pudieran ser.

La limitación se construye en función de dos referencias cuantitativas:

- El exceso del gasto contable sobre 1.000.000 de euros.
- El exceso del gasto contable sobre el importe que resulte exento por aplicación de lo previsto en el artículo 7 e) de la Ley 35/2006.

Tratándose de remuneraciones no afectadas por la exención del artículo 7 e) de la Ley 35/2006 solamente opera la primera referencia. Cuando sí es aplicable la exención operan las dos referencias, prevaleciendo la mayor.

El gasto no deducible es el montante del mayor de los excesos. Puesto que las referencias operan conjuntamente, ha de entenderse que la limitación solo se aplica en relación con los gastos que excedan la cantidad de 1.000.000 de euros. Así, una indemnización por despido de 1.200.000 euros que disfrute de una exención de 700.000 euros genera dos referencias cuantitativas, a saber, 200.000 euros (1.200.000 – 1.000.000) y 500.000 euros (1.200.000 – 700.000), de manera tal que la cantidad no deducible será 500.000 euros, en tanto que una indemnización por despido de 900.000 euros que disfrute de una exención de 400.000 euros genera una sola referencia (500.000 euros) y, consecuentemente, no estará afectada por la limitación.

Si la interpretación precedente es correcta, la forma en como está construida la limitación provoca el denominado error de salto. En efecto, una indemnización por importe de 1.000.001 euros con una exención de 700.000 provoca dos referencias, a saber, 1 euro (1.000.001 – 1.000.000) y 300.001 euros (1.000.001 – 700.000), y el gasto no deducible será 300.001 euros, en tanto que una indemnización por importe de 999.999 euros con una exención de 700.000 euros solo determina una referencia y, por tanto, el gasto contable no estará afectado por la limitación.

Nótese que el error de salto solamente afecta a las remuneraciones que pueden disfrutar de exención en los términos del artículo 7 e) de la Ley 35/2006. Así, quedarán libres del mismo los gastos contables que reflejen la extinción de la relación jurídica de administración o la laboral de alta dirección.

3.7. LIMITACIÓN A LA DEDUCCIÓN DE INTERESES

Está regulada en el artículo 20 del TRLIS, cuya nueva redacción impide la deducción de todo tipo de gastos contables derivados del endeudamiento que excedan del 30% del beneficio operativo. En números anteriores de esta revista se efectuaron los comentarios concernientes a dicho precepto, a los que se efectúa remisión.

No obstante, con posterioridad se ha producido una circunstancia, en relación con una norma alemana, en parte similar, que reviste un cierto interés.

Se ha destacado de la nueva norma su parentesco con las más modernas normas antisubcapitalización, en particular con la alemana, por cuanto, en efecto, dicha norma fija el límite de deducción en el 30% del *ebitda* y el exceso se puede deducir en los periodos impositivos sucesivos. No obstante, la norma española es mucho más restrictiva ya que, a diferencia de la alemana, no contiene la cláusula de escape consistente en admitir, en relación con las entidades filiales, todos los gastos financieros que, aun rebasando el límite, derivan de una estructura financiera comparable con la del grupo mercantil al que pertenecen.

Pues bien, con fecha 29 de abril del corriente año, el tribunal de Münster ha recabado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100 de la Ley Fundamental de Bonn, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal por considerar que el límite a la deducción de gastos financieros podría ser inconstitucional. Preocupa al referido tribunal que la norma limitativa violente el artículo 3, relativo al principio de igualdad, y el artículo 14, concerniente a la garantía de respeto de la propiedad, ambos de la Ley Fundamental de Bonn.

El tribunal de Münster indica que es constitucionalmente posible apartarse del principio del neto objetivo por razones fundadas de interés general, pero también que debe hacerse respetando el principio de proporcionalidad lo que, a su entender, no acontece, por cuanto la limitación afecta a los intereses derivados de cualquier clase de endeudamiento y no solo al de carácter artificioso.

¿Podría la iniciativa del tribunal de Münster tener su homóloga en España?

El Tribunal Constitucional español ha concedido un gran valor al principio de proporcionalidad pues, según su doctrina, «el que en la aplicación parcial del tributo se produzca un efecto contrario a la equidad, no puede convertir la norma en cuestión *–eo ipso–* en contraria a los principios del artículo 31.1 de la CE y, concretamente, al principio de justicia tributaria, salvo que esa afectación, bien sea ilegítima, por carecer de razón que la justifique, bien sea desproporcionada cuando aún gozando de una justificación que la legitime, sea mayor el sacrificio producido en los principios constitucionalmente consagrados que el beneficio que a través de su finalidad se pretende obtener [STC 19/2012 (NCJ056426)]».

Una limitación a la deducción de intereses no violenta el principio de capacidad económica con tal de que afecte de manera igual a todos los sujetos pasivos. La cuestión, por tanto, es si la forma en cómo se establece la limitación respeta la igualdad⁸. Y su formulación podría ser la siguiente: ¿es proporcionado aumentar la limitación a medida que el resultado operativo decrece?

No es difícil establecer lazos entre la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española en materia de principios rectores de la imposición, y de ahí que, cualquiera que sea su signo, la resolución del Tribunal Constitucional alemán tendrá repercusión entre nosotros.

3.8. LIMITACIÓN A LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

El artículo 26. Primero. Uno del Real Decreto-Ley 20/2012 establece una limitación cuantitativa a la compensación de bases imponibles negativas, construida en referencia al importe de la base imponible previa a la compensación de pérdidas:

- Importe neto de la cifra de negocios igual o superior a 20 millones de euros e inferior a 60 millones de euros, en cuyo caso la compensación está limitada «al 50 % de la base imponible previa a dicha compensación».
- Importe neto de la cifra de negocios igual o superior a 60 millones de euros, en cuyo caso la compensación está limitada «al 25 % de la base imponible previa a dicha compensación».

El comentario de esta limitación ha sido abordado en un número anterior de esta revista, y al mismo se efectúa remisión.

3.9. VISIÓN GLOBAL DE LAS LIMITACIONES A LA DEDUCCIÓN DE GASTOS

Ni que decir tiene que detrás de todas estas limitaciones está la necesidad recaudatoria. En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas esta necesidad se ha solventado, esencialmente, mediante

⁸ RODRIGO CHAQUES, G.: «La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, comparabilidad y análisis constitucional». RCyT. CEF, núm. 362 (mayo 2013).

la elevación de los tipos de gravamen. También en el Impuesto sobre el Valor Añadido. En el Impuesto sobre Sociedades esa necesidad se ha canalizado a través de la restricción a la deducción de gastos.

En términos generales, la modificación de los tipos de gravamen es un camino más neutral y equitativo, por cuanto afecta a todos los contribuyentes (generalidad) e impone un sacrificio igual (progresividad). Por el contrario, las limitaciones a la deducción de gastos contables no afectan a todos los contribuyentes, y los que resultan afectados no soportan un sacrificio igual. La reflexión sería distinta en relación con las limitaciones que, eventualmente, afectaran a gastos fiscales sin respaldo contable, por ser meras ventajas o incentivos fiscales, cual es el caso, entre otros, de la libertad de amortización.

Las limitaciones más llamativas son las que afectan a las amortizaciones y a los gastos financieros, las cuales, seguramente, serán las más relevantes en términos cuantitativos.

La limitación a la deducción por amortizaciones discrimina en contra de las empresas cuyo activo está integrado por una elevada proporción de inmovilizado material o, más precisamente, cuya generación de ingresos está asociada a la utilización de elevadas dosis de inmovilizado material. También discrimina contra las empresas que utilizan maquinaria y otros equipos industriales a título de propietarios frente a las empresas que los utilizan a título de arrendatarios.

La limitación de la deducción por intereses discrimina contra las empresas muy endeudadas que generan escasos resultados de explotación. De esta discriminación habrán podido escapar las empresas que por pertenecer a grupos multinacionales tienen posibilidad de transferir el endeudamiento a otras empresas, lo que hace aquella todavía más áspera.

La deducción de intereses podría, incluso, suprimirse, y no determinaría discriminación. Más aún, una supresión total sería neutral, y por lo tanto no discriminatoria, en la medida en que trataría por igual la remuneración de los fondos propios y la de los pasivos financieros. Sería el modelo CBIT⁹. Lo que determina la discriminación es la asociación del límite al resultado de explotación.

La limitación a la deducción de gastos derivados de la extinción de relaciones laborales o mercantiles reviste tintes éticos. En efecto, en medio de la fuerte crisis que azota a España, se ha asistido al espectáculo, no edificante, de administradores y altos directivos que cobran sumas enormes por causa de la rescisión de sus contratos. Si el derecho les asiste la ética seguramente no, pues no es cierto que, en todo caso, esas sumas respondan a pactos concertados en un mercado de servicios sujeto a las saludables reglas de la libre competencia, sino más bien a la cooptación ejercitada por una minoría de administradores y/o directores, de elevada calificación técnica, que se impone con fuerza irresistible a la mayoría desorganizada de la masa de pequeños y medianos accionistas, fenómeno este bautizado por los politólogos como la *revolución de los managers*¹⁰.

⁹ *Report of the Treasury on Integration of the Individual and Corporate Tax Systems-Taxing Business Income Once* (Treasury Integration Report, January 1992).

¹⁰ SARTORI, G.: *¿Qué es la democracia?* El texto es revelador: «... el manager que pierde cae...con un paracaídas de oro predispuerto por el mismo... El propietario privado derrotado por el mercado cae empobreciéndose ...el manager sin propiedad privada, al ser excluido, se hace pagar, sin pagar de su propio bolsillo...».

Sin embargo, no parece que se compadezca bien con la naturaleza del Impuesto sobre Sociedades negar la deducción de un gasto contable nacido de una relación jurídicamente protegida, cuando, además, determina una renta gravable por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

4. EL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO INDIRECTO

La Consulta V0608/2012, de 21 de marzo (NFC043890), de la Dirección General de Tributos, admitió que la partida fiscalmente deducible del fondo de comercio financiero del artículo 12.5 del TRLIS también pudiera derivarse de participaciones indirectas, rectificando así la doctrina administrativa sentada en contestaciones precedentes. Lo propio hizo el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), mediante Resolución de 26 de junio de 2012 (NFJ047631).

Tanto la consulta como la resolución del TEAC despliegan dos vías interpretativas. La primera discurre por la senda de dar igual trato a situaciones jurídicas que, sustancialmente, son iguales, y la segunda busca acomodo en ciertos párrafos de las dos decisiones de la Comisión de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado que han afectado a este precepto.

Nada hay que oponer a la primera vía, pues es lo cierto que la adquisición directa e indirecta merecen el mismo tratamiento, ya que la existencia e importe del fondo de comercio no dependen de la forma en cómo se haya alcanzado el control sobre la entidad portadora del mismo. Esta interpretación debió abrirse paso desde los albores del artículo 12.5 del TRLIS (Ley 24/2001). Cuestión distinta es que el incentivo fiscal, en sí mismo, pudiera ser susceptible de una revisión crítica.

La segunda trae a colación determinados párrafos de las decisiones de la Comisión de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado concernientes al artículo 12.5 del TRLIS. Así la consulta mencionada indica que «el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión de 28 de octubre de 2009 admite la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS en relación con los derechos poseídos directa o indirectamente en empresas intracomunitarias... En idénticos términos se manifiesta el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión de 12 de enero de 2011 respecto a los derechos poseídos directa o indirectamente en empresas ubicadas fuera de la Unión Europea... De lo que se concluye que una interpretación, por parte de este Centro Directivo, que admita la deducción fiscal del fondo de comercio financiero correspondiente a distintos niveles de participación se encuentra amparada y validada por la interpretación que la Comisión Europea refleja en las Decisiones anteriormente citadas...». Parecidos argumentos se hallan en la resolución del TEAC.

Pues bien, enterada la Comisión de la Unión Europea de la nueva postura interpretativa adoptada por la autoridad fiscal española, mediante su decisión de 17 de julio de 2013¹¹, obtura la que se ha denominado anteriormente segunda vía interpretativa, pues aun cuando la Comisión entiende que de la interpretación conjunta de los artículos 12.5 y 21 del TRLIS puede desprender-

¹¹ Ayuda estatal SA 35550 (2013/C) (ex 2013NN) (ex 2012/CP)- España. Amortización fiscal del fondo para la adquisición de participaciones extranjeras.

se que, en efecto, el incentivo fiscal se proyecta también respecto de las adquisiciones indirectas, para la Comisión lo relevante es que «durante el procedimiento administrativo que desembocó en la adopción de la Primera y Segunda Decisiones, las autoridades españolas habían explicado a la Comisión que, aunque la ley no lo excluía expresamente, la práctica administrativa consolidada únicamente permitía aplicar la medida a las adquisiciones directas...»

Por todo ello, la Comisión considera «con carácter preliminar que la nueva interpretación administrativa constituye nueva ayuda ilegal, y concluye ordenando a las autoridades españolas que suspendan toda ayuda ilegal derivada de la aplicación de la nueva interpretación administrativa del artículo 12.5 del TRLIS hasta que la Comisión no haya adoptado una decisión sobre la compatibilidad del régimen modificado con el mercado interior (requerimiento de suspensión)».

Más allá del sentido que, finalmente, cobre la resolución del conflicto, es fácil advertir que la orientación de las recientes modificaciones sufridas por el Impuesto sobre Sociedades pugna, fuertemente, con el empeño de ampliar el campo de aplicación de las ventajas fiscales del artículo 12.5 del TRLIS respecto del admitido por la doctrina administrativa precedente, aunque tal empeño halle respaldo en la filosofía que subyace a dicho precepto. Los tribunales dirán la última palabra.

5. LIBERTAD DE AMORTIZACIÓN

5.1. ANTECEDENTES

La Ley 4/2008 estableció la libertad de amortización, a condición de mantener el empleo, en relación con los activos puestos a disposición del obligado tributario en los periodos impositivos iniciados en 2009 y 2010. El Real Decreto-Ley 6/2010 amplió el beneficio fiscal a los periodos impositivos iniciados en 2011 y 2012. El Real Decreto-Ley 13/2010 estableció una nueva libertad de amortización, esta vez no condicionada al mantenimiento del empleo, en relación con los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015. A tal efecto, dio nueva redacción a la disposición adicional undécima del TRLIS.

El mandato esencial de esta disposición, contenido en su apartado 1, consistía en que «las inversiones en elementos nuevos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas, puestos a disposición del sujeto pasivo en los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, podrán ser amortizados libremente».

5.2. DEROGACIÓN DE LA LIBERTAD DE AMORTIZACIÓN Y RÉGIMEN TRANSITORIO

La disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 12/2012 establece que «a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley quedará derogada la disposición adicional undécima del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades». El Real Decreto-Ley 12/2012, de acuerdo con su disposición final cuarta, entró en vigor el día 31 de marzo de 2012.

El artículo 1. Tercero. Dos del Real Decreto-Ley 12/2012 ha añadido una nueva disposición transitoria, la trigésimo séptima, «Libertad de amortización pendiente de aplicar», para regular los efectos transitorios de la libertad de amortización prevista en el Real Decreto-Ley 6/2010 y en el Real Decreto-Ley 13/2010.

El principio rector del régimen transitorio es prolongar los efectos de las normas reguladoras de la libertad de amortización en relación con las inversiones realizadas antes de 31 de marzo de 2012, susceptibles de acogerse a dichas normas.

No obstante, el impacto de la libertad de amortización queda moderado por sendas normas limitativas, una relativa a la libertad de amortización del Real Decreto-Ley 6/2010 y otra concierne a la establecida por el Real Decreto-Ley 13/2010.

Los efectos conjuntos de la derogación de la libertad de amortización y del régimen transitorio pueden resumirse como sigue:

- Las inversiones realizadas a partir de 31 de marzo de 2012 no tendrán derecho a la libertad de amortización.
- Las inversiones realizadas antes de 31 de marzo de 2012 tendrán derecho a la libertad de amortización.
- La libertad de amortización, en los periodos impositivos que se inicien en 2012 o 2013, está sujeta, excepto para las empresas de reducida dimensión, al límite del 40% o del 20% respecto de la base imponible previa, según que se trate de inversiones acogidas al Real Decreto-Ley 6/2010 o al Real Decreto-Ley 13/2010, respectivamente.

De esta manera se pone fin a la insólita política de libertad de amortización narrada en los antecedentes. En efecto, la libertad de amortización es una potente medida de política fiscal que tiene por objeto animar la demanda de inversión. Precisamente por ello debe proyectarse en relación con periodos temporales cortos. Por eso, una libertad de amortización que podía proyectarse hasta 2015 era, ciertamente, insólita.

6. IMPACTO DE LA CRISIS FINANCIERA

6.1. RÉGIMEN FISCAL DE LAS OPERACIONES DE APORTACIÓN DE ACTIVOS A SOCIEDADES PARA LA GESTIÓN DE ACTIVOS

El artículo 3 de la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, establece, para ciertas entidades de crédito, la obligación de aportar los activos adjudicados o recibidos en pago de deudas a que se refiere el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, a una sociedad anónima.

El artículo 8 de la citada Ley 8/2012 establece que a estas transmisiones les será de aplicación «el régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades».

En consecuencia, las rentas, positivas o negativas, puestas de manifiesto en tales transmisiones no se integrarán en la base imponible, aun cuando aquellas no estuvieren tipificadas en los artículos 83 o 94 del TRLIS.

6.2. RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL APLICABLE A LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO

La disposición adicional tercera de la Ley 16/2012 ha incorporado una nueva disposición adicional decimotercera al TRLIS, «Régimen fiscal especial aplicable a las operaciones de reestructuración y resolución de entidades de crédito», en cuya virtud será de aplicación el régimen fiscal del capítulo VIII del título VII del TRLIS a las «transmisiones del negocio o de activos o pasivos realizadas por entidades de crédito en cumplimiento de planes de reestructuración o planes de resolución de entidades de crédito a favor de otra entidad de crédito, al amparo de la normativa de reestructuración bancaria».

El supuesto básico es que la transmisión sea consecuencia de un proceso de reestructuración (capítulo III de la Ley 9/2012) o de resolución (capítulo IV de la Ley 9/2012).

En consecuencia, las rentas, positivas o negativas, puestas de manifiesto en tales transmisiones no se integrarán en la base imponible, aun cuando aquellas no estuvieren tipificadas en los artículos 83 o 94 del TRLIS.

6.3. EXENCIÓN DE RENTAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE DETERMINADOS INMUEBLES

La disposición final primera de la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios en el sector financiero, ha incorporado una nueva disposición adicional decimosexta al TRLIS, «Exención de rentas derivadas de la transmisión de determinados inmuebles», en cuya virtud se exime el 50% de la renta positiva derivada de la transmisión de inmuebles, siempre que se cumplan determinados requisitos.

Esta exención también se aplica en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes.

6.3.1. Requisitos

Esos requisitos son los siguientes:

- Que hayan sido adquiridos a título oneroso entre los días 12 de mayo (fecha de entrada en vigor del RDL 18/2012) y 31 de diciembre de 2012.

- Que tengan naturaleza urbana, a cuyo efecto deberá estarse a las normas del Catastro Inmobiliario.
- Que tengan la condición de activo no corriente o que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para venta. Por tanto no están incluidos en la exención parcial los inmuebles que tengan la consideración de existencias según lo previsto en las normas contables contenidas en el Plan General de Contabilidad.

Así como la adquisición ha de haberse producido dentro del intervalo señalado, respecto del tiempo en que debe producirse la transmisión nada se prevé. Por consiguiente cualquiera que sea la fecha de transmisión se aplicará la exención parcial.

6.3.2. Importe de la renta positiva

La renta positiva exenta es, como regla general, la determinada por aplicación de las normas contables. Por tanto, será el resultado de restar del valor de transmisión el valor contable o valor en libros, de manera tal que si el inmueble hubiere estado afecto a un incentivo fiscal de aceleración de amortizaciones el importe representativo de la aceleración no formará parte de la renta positiva parcialmente exenta, aun cuando sí lo haga de la base imponible. No obstante, si hubiere mediado un deterioro fiscalmente computable, la renta contablemente reflejada se minorará en el importe de dicho deterioro.

6.3.3. Compatibilidad con la deducción por reinversión

El tercer párrafo de la norma reguladora de la exención la declara «compatible, en su caso, con la aplicación de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios prevista en el artículo 42 de esta Ley».

El artículo 42 del TRLIS establece una deducción del 12%, con carácter general, del importe de ciertas rentas positivas, entre las cuales se hallan, por su naturaleza las concernidas por la exención parcial establecida por la Ley 18/2012, en cuanto estuvieren «integradas en la base imponible».

La compatibilidad de la exención parcial con la deducción por reinversión admite dos lecturas.

La restrictiva postularía que la deducción por reinversión solo cabe respecto de la mitad de la renta positiva, ya que la otra mitad, por causa de la exención, no se ha integrado en la base imponible.

La expansiva postularía que la deducción por reinversión ha de proyectarse sobre la totalidad de la renta positiva, ya que la misma se integra en la base imponible, aun cuando en el cálculo de la cuota íntegra se ha de tener en cuenta el impacto de la exención parcial.

La lectura restrictiva parece más acorde con la forma en como se instrumenta la exención parcial, que parece apuntar hacia una no integración de la renta positiva exenta en la base imponible.

nible. Pero la expansiva no es desdeñable por cuanto podría alegarse que el verdadero sentido de la norma que declara la compatibilidad es, precisamente, dar validez a esa interpretación, ya que la interpretación restrictiva no requeriría norma habilitadora alguna.

6.3.4. Adquisiciones o transmisiones vinculadas

No están amparadas por la exención las rentas positivas de elementos adquiridos, o transmitidos, «a una persona o entidad respecto de la que se produzca alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio... o al cónyuge de la persona anteriormente indicada o a cualquier persona unida a esta por parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido».

La mención a personas físicas en el contexto de la remisión al artículo 42 del Código de Comercio, que tipifica relaciones de dominación entre sociedades, suscita algunas dudas, que tal vez pudieran solventarse entendiendo que están convocadas las adquisiciones o transmisiones realizadas:

- Entre entidades pertenecientes al mismo grupo mercantil, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, «con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».
- Entre una entidad y los administradores de la propia entidad o de otra entidad perteneciente al mismo grupo mercantil, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, «con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».
- Entre una entidad y los parientes de los administradores referidos.

6.4. RÉGIMEN FISCAL DEL FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA

El artículo 52.6 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, otorga al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) el régimen fiscal del que disfruta el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, esto es, exención total en los términos del artículo 9 del TRLIS.

6.5. RÉGIMEN FISCAL DE LOS FONDOS DE ACTIVOS BANCARIOS

El FROB debe constituir la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria SA, la cual adquirirá los activos que el FROB determine en aplicación de lo previsto en el capítulo VI de la Ley 9/2012. Esa entidad podrá constituir, bajo la denominación de

Fondos de Activos Bancarios (FAB), agrupaciones de activos y pasivos, cuya naturaleza será la de patrimonios separados carentes de personalidad jurídica.

La disposición final decimoséptima de la Ley 9/2012 ha añadido una nueva letra, k, al artículo 7.1 del TRLIS, al objeto de que esas entidades (FAB) tengan la consideración de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, y la disposición adicional decimoséptima de la Ley 9/2012, les ha otorgado el régimen fiscal establecido en el TRLIS para las instituciones de inversión colectiva.

7. ESTÍMULOS FISCALES AL EMPLEO

7.1. DEDUCCIÓN POR CREACIÓN DE EMPLEO

La Ley 3/2012, de 6 de julio, ha dado nueva redacción al artículo 43 del TRLIS, para introducir la deducción por creación de empleo. Esta deducción tiene dos modalidades:

- Contratación de trabajadores menores de 30 años mediante el contrato a tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores del artículo 4 de la Ley 3/2012. Determina una deducción de la cuota íntegra de 3.000 euros, por el primer trabajador contratado.
- Contratación de trabajadores menores de 30 años mediante el contrato a tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores del artículo 4 de la Ley 3/2012. Determina una deducción de la cuota íntegra del 50% de la menor de las dos cantidades, a saber, el importe de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación o el importe correspondiente a doce mensualidades de prestación por desempleo que tuviera reconocida. A esta deducción solo pueden acogerse las empresas con una plantilla inferior a 50 trabajadores en el momento de la contratación.

Ambas deducciones están supeditadas a la naturaleza del contrato de trabajo celebrado que, como se indica, deberá ser el previsto en el artículo 4 de la Ley 3/2012. Este contrato también acarrea reducciones en las cuotas de la Seguridad Social.

La segunda modalidad está supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La plantilla ha de ser inferior a 50 trabajadores. Por tanto, generan deducción los nuevos trabajadores contratados en la forma expuesta hasta que la plantilla alcance esa dimensión. Ahora bien, la contratación ha de suponer aumento neto de plantilla. Por tanto si los nuevos contratos van acompañados de la extinción de otros el incentivo no se aplicará o se aplicará parcialmente.
- El trabajador contratado ha debido percibir las prestaciones por desempleo durante al menos tres meses.

- El contrato laboral ha de mantenerse durante, al menos, tres años, excepto si la extinción se debe a alguna de las causas justificadas legalmente establecidas.

Debe notarse que no se establece ninguna referencia al grupo mercantil al que, eventualmente, pudiera pertenecer la entidad, de manera tal que la disminución de la plantilla en el conjunto de ese grupo no impide el disfrute de la deducción.

7.2. TIPO DE GRAVAMEN ESPECIAL POR MANTENIMIENTO O CREACIÓN DE EMPLEO

El artículo 8 de la Ley 16/2012 ha dado nueva redacción a la disposición adicional duodécima del TRLIS, que regula el «tipo de gravamen reducido en el Impuesto sobre Sociedades por mantenimiento o creación de empleo», a los solos efectos de extender su aplicación respecto de los periodos impositivos iniciados en 2013. Recuérdense que este incentivo fiscal ha venido aplicándose desde el periodo impositivo de 2009.

Los requisitos para la aplicación de este tipo de gravamen reducido pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Cifra de negocios inferior a 5 millones de euros, referida, en su caso, al grupo mercantil.
- Plantilla media inferior a 25 empleados.
- No disminución de la plantilla media respecto de la existente en los doce meses anteriores al inicio del primer periodo impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009.
- Plantilla media no inferior a la unidad.

Respecto de estos sujetos pasivos, el tipo de gravamen es el siguiente:

- Periodos impositivos iniciados en 2009 y 2010: 20% para la parte de base imponible comprendida entre 0 y 120.202,41 euros; 25% para el resto de la base imponible.
- Periodos impositivos iniciados en 2011, 2012 y 2013: 20% para la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros; 25% para el resto de la base imponible.

En consecuencia, respecto del tipo de gravamen general aplicable a las empresas de reducida dimensión, el tipo de gravamen relativo a las de muy reducida dimensión que mantengan o creen empleo ha quedado disminuido en 5 puntos porcentuales. En efecto, las empresas de reducida dimensión, entendiéndose por tales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 108

del TRLIS, las que tienen una cifra de negocios inferior a 10 millones de euros, están sujetas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 del TRLIS, al siguiente tipo de gravamen: 25 % para la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros; 30 % para el resto de la base imponible.

En ambos casos la cifra de negocios se refiere, en su caso, al grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio o al grupo de empresas cohesionado por lazos familiares en el sentido del artículo 108.3 del TRLIS.

Ninguno de los requisitos que habilitan la aplicación del tipo de gravamen especial se refiere a la actividad que constituya el objeto social de la entidad, ni a la fuente u origen de las rentas. No obstante, debe traerse a colación en este punto la doctrina y jurisprudencia concerniente al tipo de gravamen especial de las empresas de reducida dimensión, perfectamente recogidas y evocadas, respectivamente, en la Resolución del TEAC, de 30 de mayo de 2012 (NFJ047068), la cual ha resuelto que «de conformidad con el artículo 108 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, no procede la aplicación del tipo reducido establecido en el régimen especial para las empresas de reducida dimensión a entidades que no realicen actividades económicas».

La resolución se basa en que los incentivos fiscales se proyectan, a tenor del texto legal, respecto de las «empresas de reducida dimensión». Por tanto, no sobre todo tipo de entidades, sino solo en relación con las que realizan actividades empresariales. Ciertamente, el texto legal de la nueva disposición adicional duodécima del TRLIS no se refiere a las *empresas*, pero sí lo hace a la *cifra de negocios*, y sendas Sentencias de la Audiencia Nacional, de 23 de diciembre de 2010 (NFJ041393) y 31 de enero de 2013 (NFJ050416), han argumentado que «el concepto "cifra de negocios" da a entender que los ingresos que lo componen provienen de una actividad empresarial que, por sus dimensiones, se trata de primar mediante el establecimiento de un tipo de gravamen reducido para una parte de esa cifra económica, posibilidad que no es posible extender a las sociedades de mera tenencia de bienes que, por tal razón, no desarrollan actividad mercantil alguna o, de hacerlo, lo que debe ser objeto de estricta prueba, han de sujetarse, en el acogimiento de tales beneficios, a la separación entre sus ingresos empresariales y los procedentes de la gestión patrimonial».

8. LÍMITE A LAS DEDUCCIONES DEL CAPÍTULO IV DEL TÍTULO VI DEL TRLIS

Como es sabido, esas deducciones ya estaban sometidas a limitación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 del TRLIS. El artículo 1. Primero. Tres del Real Decreto-Ley 12/2012 ha endurecido dicha limitación respecto de los periodos impositivos iniciados en 2012 y 2013. Al tiempo, ha sometido a limitación a la deducción por reinversión, la cual no estaba sujeta a la misma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.1 del TRLIS, pero igualmente solo en relación con los periodos impositivos iniciados en 2012 y 2013.

8.1. LÍMITES A LAS DEDUCCIONES VIGENTES EN 2012 Y 2013

Para los periodos impositivos iniciados en 2012 y 2013 los límites a las deducciones de la cuota íntegra reguladas en el capítulo IV del título VI del TRLIS quedan como sigue:

- El límite general será del 25 %. Por tanto, desciende 10 puntos porcentuales.
- El límite especial será del 50 %. Por tanto, desciende 10 puntos porcentuales. Además, para determinar si procede su aplicación únicamente se tomarán en consideración las deducciones con origen en el artículo 35 del TRLIS (I+D+i).
- Aplicación del límite a la deducción por reinversión del artículo 42 del TRLIS, anteriormente libre de limitación.

La nueva deducción por creación de empleo del artículo 43 del TRLIS también está afectada, por cuanto el límite se aplica a todas las deducciones del capítulo IV del título VI, salvo la excepción de la deducción por reinversión, temporalmente suspendida respecto de los periodos impositivos iniciados en 2012 y 2013.

La base de cálculo del límite continuará siendo la cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional y las bonificaciones.

En 2014 y sucesivos regirán los límites previos a la modificación que se comenta. Por tanto, la deducción por reinversión no estará sujeta a limitación.

8.2. PLAZO PARA LA DEDUCCIÓN DE LAS CANTIDADES PENDIENTES

El artículo 1. Primero. Cuatro del Real Decreto-Ley 12/2012 ha modificado el plazo para la deducción de las cantidades pendientes de aplicación, a cuyo efecto ha dado nueva redacción al segundo párrafo del artículo 44.1 del TRLIS. El plazo queda fijado de la siguiente manera:

- Plazo general, 15 años inmediatos y sucesivos.
- Plazo correspondiente a las deducciones de los artículos 35 y 36 del TRLIS, 18 años inmediatos y sucesivos.

El artículo 1. Primero. Seis del Real Decreto-Ley 12/2012 ha añadido una nueva disposición transitoria trigésimo sexta al TRLIS, al objeto de extender el nuevo plazo de aplicación de las cantidades pendientes a las que estuvieren en tal situación «al inicio del primer periodo impositivo que hubiera comenzado a partir de 1 de enero de 2012».

Esta norma transitoria no afectará, lógicamente, a las cantidades pendientes de aplicación de la deducción por reinversión del artículo 42 del TRLIS, puesto que las mismas no estaban afectadas por el límite.

9. EXENCIÓN DE LAS RENTAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN SOBRE ENTIDADES NO RESIDENTES EN TERRITORIO ESPAÑOL

El artículo 1. Segundo. Tres del Real Decreto-Ley 12/2012 ha dado nueva redacción al artículo 21.2 del TRLIS, que regula la exención de rentas de fuente extranjera, al objeto de flexibilizar los requisitos previstos en las letras b), sujeción a impuesto de naturaleza idéntica o análoga, y c), rentas procedentes de actividades económicas.

En la redacción primitiva, el incumplimiento de alguno de los dos requisitos en algún ejercicio de tenencia de la participación acarrea la pérdida de la exención, de manera tal que la totalidad de la renta había de tributar plenamente.

Esta rígida redacción, en el contexto de una exención altamente permisiva, hería la virtud de la proporcionalidad. La nueva redacción viene a cerrar esa herida, a cuyo efecto divide la renta positiva derivada de la transmisión de la participación en dos partes, en atención al cumplimiento de los requisitos previstos en las referidas letras b) y c), de manera tal que la renta positiva imputable a los ejercicios en que se cumplieron ambos requisitos estará exenta y la parte restante no lo estará.

9.1. DETERMINACIÓN DE LA RENTA POSITIVA EXENTA

La técnica para efectuar esa división consta de dos pasos. En el primero, la renta positiva que se corresponde con los beneficios acumulados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación estará exenta en la medida en que dichos beneficios provengan de ejercicios en los que se cumplieron los requisitos aludidos. En el segundo, la renta positiva restante, se distribuirá linealmente entre todos los ejercicios de tenencia de la participación, y estará exenta aquella porción correspondiente a los ejercicios en los que se cumplieron ambos requisitos.

EJEMPLO 3

- Participación (100 %) adquirida en 2008 por importe de 800.000 euros, transmitida en 2012 por un importe de 1.000.000 de euros. Los beneficios generados y acumulados en los ejercicios transcurridos han sido, respectivamente: 5.000, 15.000, 12.000, 8.000, 40.000. Los requisitos de las letras b) y c) se han cumplido en 2010, 2011 y 2012.
- Renta positiva derivada de la transmisión de la participación: 200.000 (1.000.000 – 800.000).

.../...

.../...

- Renta positiva imputable a beneficios acumulados por la participada durante el tiempo de tenencia de la participación: 80.000. Renta positiva restante: 120.000 (200.000 – 80.000).
- Renta positiva exenta por correspondencia con beneficios acumulados que cumplen los requisitos de las letras b) y c): 60.000 (12.000 + 8.000 + 40.000).
- Renta positiva exenta por correspondencia lineal: 72.000 (120.000 × 3/5).
- Total renta positiva exenta: 132.000 (60.000 + 72.000).

La parte de renta positiva que no resulte exenta deberá integrarse plenamente en la base imponible, pero tendrá derecho a la deducción del impuesto que, eventualmente, hubiera recaído sobre la misma, en cuanto cumpliera con los requisitos previstos en el artículo 31 del TRLIS, en la parte proporcional que a la misma corresponda. Así, si en el caso anterior la renta positiva hubiere sufrido una retención del 10%, el impuesto deducible será 6.800 [(200.000 – 60.000 – 72.000) 10%].

Este desglose entre renta positiva exenta y no exenta ha de tomarse en consideración en relación con todos los aspectos de aplicación de la exención de las rentas positivas, por ejemplo, respecto de la minoración de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación en el importe de la renta obtenida en una transmisión interna previa en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, pues es claro que la renta negativa se minorará exclusivamente en el importe de la renta positiva exenta. Así, si en el caso anterior la transmisión hubiera sido entre entidades del grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, y en la ulterior transmisión a un tercero se sufre una renta negativa de 140.000, la renta negativa que se integrará en la base imponible será 8.000 (140.000 – 132.000).

9.2. ESPECIALIDADES EN LA DETERMINACIÓN DE LA RENTA POSITIVA EXENTA

9.2.1. Intereses en territorio español superiores al 15 %

En este supuesto, de acuerdo con la redacción primitiva, la exención se limitaba a la parte de renta positiva que se correspondía con los beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación, en el bien entendido de que los requisitos de las letras b) y c) debían cumplirse en todos y cada uno de ellos. Actualmente, aun cuando en alguno o algunos ejercicios esos requisitos no se hubieren cumplido, podrá aplicarse la exención en la medida de los beneficios acumulados en ejercicios en los que sí se hubieren cumplido los requisitos.

Así, en el ejemplo anterior, la renta positiva exenta sería de 60.000.

9.2.2. Corrección de valor fiscalmente deducible

Cuando se hubiere practicado una corrección de valor fiscalmente deducible, la misma «se integrará, en todo caso, en la base imponible del sujeto pasivo», esto es, tanto si la renta positiva derivada de la transmisión de la participación está exenta en su totalidad como si solamente lo está parcialmente.

EJEMPLO 4

- Renta positiva derivada de la transmisión de la participación 200.000
- Renta positiva exenta 132.000
- Corrección de valor fiscalmente deducible 24.000
- Retención: 10 % practicada en el país de la fuente.

Se integrará en la base imponible, con signo positivo, 24.000. La renta exenta será 132.000, y la no exenta 68.000. Habrá lugar a deducción de la cuota íntegra, en aplicación del artículo 31 del TRLIS, por importe de 6.800, en cuanto retención extranjera correspondiente a la renta positiva no exenta. Para practicar los ajustes respecto del resultado contable habrá de tomarse en consideración la forma en cómo, en su caso, se reflejó contablemente la corrección de valor.

9.2.3. Renta negativa en transmisión interna precedente

En tal caso, la exención se aplica respecto del importe de la renta positiva que exceda la renta negativa. Para calcular el importe de la renta positiva susceptible de exención, cuando los requisitos de las letras b) y c) no hubieren concurrido en todos los ejercicios, se aplicará la regla de proporcionalidad.

EJEMPLO 5

- Renta positiva derivada de la transmisión de la participación 200.000
- Renta positiva susceptible de exención 132.000
- Renta negativa previamente integrada en la base imponible 24.000
- Retención: 10 % practicada en el país de la fuente.

.../...

.../...

La renta susceptible de exención debe minorarse en 24.000. La renta exenta será 132.000, ajustada en 24.000, y la renta no exenta será 68.000. Habrá lugar a deducción de la cuota íntegra, por aplicación del artículo 31 del TRLIS, por importe de 6.800, en cuanto retención extranjera correspondiente a la renta positiva no exenta. Para practicar los ajustes respecto del resultado contable ha de tomarse en consideración la forma en como, en su caso, se reflejó contablemente la corrección de valor.

9.2.4. Adquisición amparada en el régimen especial del capítulo VIII del título VII

Cuando la participación transmitida se hubiere adquirido en una operación acogida al régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS, y por esa razón no se hubiere integrado en la base imponible de la entidad de la que se adquirió la participación la renta positiva habida en esa transmisión, la exención se limita a la renta positiva determinada por diferencia entre el valor de la transmisión y el valor de mercado en el momento de la adquisición. De esta manera, la renta diferida no disfruta de exención.

Cuando los requisitos de las letras b) y c) no hubieren concurrido en todos los ejercicios, se aplicará la regla de proporcionalidad.

EJEMPLO 6

- Participación adquirida por canje, siendo el valor de mercado 800.000 (2008) y transmitida por 1.000.000 (2012). El transmitente la había adquirido por 700.000.
- Los beneficios generados y acumulados en esos ejercicios han sido, respectivamente: 5.000, 15.000, 12.000, 8.000, 40.000. Los requisitos de las letras b) y c) se han cumplido en 2010, 2011 y 2012.
- Renta positiva derivada de la transmisión de la participación susceptible de exención: 200.000 (1.000.000 – 800.000).
- Renta positiva imputable a beneficios acumulados por la participada durante el tiempo de tenencia de la participación: 80.000. Renta positiva restante: 120.000 (200.000 – 80.000).
- Renta positiva exenta por correspondencia con beneficios acumulados que cumplen los requisitos de las letras b) y c): 60.000 (12.000 + 8.000 + 40.000).

.../...

.../...

- Renta positiva exenta por correspondencia lineal: 72.000 ($120.000 \times 3/5$).
- Total renta positiva exenta: 132.000 ($60.000 + 72.000$).
- Renta diferida que ha de tributar por la regla de conservación de valor propia del capítulo VIII del título VII: 100.000 ($800.000 - 700.000$).

10. EPÍLOGO

A lo largo de esta colaboración y de otras precedentes se ha intentado transmitir al lector la esencia de las abundantes modificaciones normativas acometidas en 2012 en relación con el Impuesto sobre Sociedades. Con toda rotundidad se puede afirmar que 2012 ha batido todos los registros de modificaciones, si se exceptúa, claro está el año 1995, en el que se aprobó la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, cuyo texto refundido está en vigor. La orientación de estas modificaciones, aunque de perfil técnico diverso, responde básicamente, al principio de suficiencia recaudatoria. Seguramente la situación presupuestaria pondrá mucha sordina a las críticas que dicha orientación permitiría espigar.

El futuro del Impuesto sobre Sociedades no debería seguir por ese camino. Las reflexiones del responsable fiscal británico, expuestas al inicio de esta colaboración, son altamente ilustrativas. En una economía abierta, como es la nuestra, un Impuesto sobre Sociedades que restringe la deducción de gastos contables, y cuyo tipo de gravamen está entre los más elevados de los países de nuestro entorno, no es una opción razonable.

Cuestión distinta es que el Impuesto sobre Sociedades deba ser construido de manera sólida para hacer frente a las maniobras ilegítimas. También son ilustrativas, a este respecto, las palabras del premier británico, igualmente expuestas en el inicio de esta colaboración, las cuales es probable que sean ampliamente compartidas por las distintas autoridades fiscales, como así lo demuestra el proyecto *BEPS* de la OCDE.

La anunciada reforma del Impuesto sobre Sociedades debería seguir la senda de esa construcción sólida, ensanchar la base imponible mediante la remoción de ventajas fiscales (arrendamiento financiero, compensación de pérdidas sin reflejo contable, compensación de pérdidas en sede de subfiliales, deducción del fondo de comercio financiero...) y de otros incentivos fiscales de nunca probada eficacia, pero no rechazar la deducción de gastos contables indudablemente correlacionados con los ingresos de explotación y, además, disminuir sensiblemente el tipo de gravamen.