

REQUISITOS EXIGIBLES A LOS TERRENOS PARA APLICAR LA DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

JOAN PAGÈS I GALTÉS

*Catedrático de Derecho Financiero.
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona-Reus)*

PABLO NAVARRO FERNÁNDEZ

*Profesor de Derecho Financiero.
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona-Reus)
Abogado del Estado excedente*

Extracto:

TRADICIONALMENTE el legislador del Impuesto sobre Sociedades ha venido regulando un beneficio fiscal para favorecer la reinversión empresarial, siendo que, también tradicionalmente, ha sido un constante foco de conflictos concretar los requisitos exigibles, máxime cuando se trata de terrenos de empresas inmobiliarias, donde la barrera entre los conceptos contables de existencias y de inmovilizado es muy difusa.

De ahí que en el presente trabajo nos hayamos ocupado de estudiar de forma pormenorizada tales requisitos a la luz de las doctrinas científica y jurisprudencial susceptibles de traer a colación.

Palabras clave: deducción, reinversión, sociedades, terrenos, existencias e inmovilizado.

CONDITIONS APPLICABLE TO THE LAND TO IMPLEMENT THE DEDUCTION FOR REINVESTMENT IN THE INCOME TAX

JOAN PAGÈS I GALTÉS

*Catedrático de Derecho Financiero.
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona-Reus)*

PABLO NAVARRO FERNÁNDEZ

*Profesor de Derecho Financiero.
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona-Reus)
Abogado del Estado excedente*

Abstract:

TRADITIONALLY the legislator of the Corporate Tax has come regulating a tax benefit to bring on corporate reinvestment, being that, also traditionally, has been a constant focus of conflict specify the required requirements, especially when it comes to terrains of real estate companies, where the barrier between the accounting concepts of stocks and immobilized is very diffuse.

Hence in this paper we have dealt with to study in detail such requirements in the light of scientific and jurisprudential doctrines susceptible to bring to collation.

Keywords: deduction, reinvestment, corporate, terrains, stocks and immobilized.

Sumario

1. Planteamiento.
2. Antecedentes.
 - 2.1. LIS de 1978: exención por reinversión.
 - 2.2. LIS de 1995: diferimiento impositivo por reinversión.
 - 2.3. Ley 24/2001 de reforma de la LIS de 1995: deducción por reinversión.
 - 2.4. Ley 35/2006 de reforma del TRLIS de 2004: deducción por reinversión.
3. Ley 16/2007 de reforma del TRLIS de 2004: aspectos del elemento objetivo de la vigente deducción por reinversión.
4. Aspecto material.
 - 4.1. Normativa.
 - 4.2. Concepto de inmovilizado.
 - 4.3. Concepto de inversiones inmobiliarias.
5. Aspecto funcional.
 - 5.1. Normativa.
 - 5.2. Conceptos de afectación y de funcionamiento.
6. Aspecto temporal.
 - 6.1. Normativa.
 - 6.2. Cómputo del plazo.
7. La culpabilidad en el procedimiento sancionador.
8. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO

Partiendo de las teorías económicas proclives a fomentar la inversión empresarial¹, tradicionalmente la normativa del Impuesto sobre Sociedades (IS) ha contemplado un beneficio fiscal tendente a minorar la carga impositiva de los incrementos o ganancias patrimoniales que, derivando de la transmisión de activos fijos, se destinan a la reinversión, esto es, a la adquisición de otros activos fijos.

Uno de los principales problemas que ha planteado esta normativa es el de la concreción de los activos que dan derecho al beneficio fiscal.

Las desavenencias entre la Administración tributaria y los contribuyente son un clásico en esta materia, pues, por de pronto, no siempre es fácil concretar cuándo estamos ante un activo fijo (inmovilizado) o un activo circulante (existencias), máxime cuando se trata de terrenos de empresas inmobiliarias.

¹ Así, J. QUINTAS BERMÚDEZ, en la obra colectiva *Impuesto sobre Sociedades*, correspondiente al t. IV. vol. 2.º de la colección *Comentarios a las Leyes tributarias y financieras*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1986, pág. 235, explica que: «Las diferentes teorías económicas vienen a coincidir en atribuir un papel preponderante a la inversión empresarial como forma de garantizar un desarrollo económico sostenido y, específicamente, para superar las fases de recesión. Por ello, no ha de extrañar que este reconocimiento haya dado lugar a reclamar un posicionamiento de la fiscalidad a favor de la inversión. Por ello, no ha de extrañar que en el tratamiento fiscal de las rentas empresariales se incluyan mecanismos de reducción de la carga fiscal atendiendo al comportamiento inversor de la empresa».

Se trata, como dice F. CLAVIJO HERNÁNDEZ, en la obra colectiva *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 1998, pág. 321, que «Una de las vías que se suele seguir por muchas entidades para financiar la renovación de los elementos patrimoniales de su inmovilizado es la de la venta previa de los activos que se quieren renovar y con el importe obtenido al comprar los nuevos elementos. Este método de realizar nuevas inversiones tiene, sin embargo, en la práctica, un inconveniente de carácter tributario. Y es que el proceso previo de desinversión —es decir, de la venta previa de los elementos del inmovilizado— puede originar un "beneficio extraordinario" o ganancia de capital que, de estar sujeto al Impuesto sobre Sociedades, puede provocar lo que en la teoría de la Hacienda Pública se denomina efecto "cerrojo" (*lock-in-effect*) de las decisiones de desinversión e inversión, que se traduce en una congelación de las transacciones económicas de los bienes afectados, ya que el pago del impuesto podría exigir nuevas aportaciones de capital o bien un mayor endeudamiento de la entidad para poder adquirir esos nuevos elementos patrimoniales».

En efecto, es cierto que desde un punto de vista teórico la diferencia entre ambos tipos de activos parece clara. Así, coincidiendo el activo con el denominado capital en funcionamiento, sustancia o estructura económica, es pacífico sostener que comprende los medios destinados a producir bienes y servicios, clasificándose en estos dos grandes grupos ²:

- a) Circulante: formado por los elementos patrimoniales que se encuentran en constante rotación, viniendo integrado por:
 - 1. Disponible. Dentro del cual se incluyen: 1.1. El dinero existente en caja. 1.2. El dinero existente en las diversas cuentas bancarias.
 - 2. Realizable. Dentro del cual se incluyen: 2.1. Los saldos a nuestro favor de los clientes. 2.2. Los efectos a cobrar. 2.3. Los valores mobiliarios comprensivos de las acciones, obligaciones y títulos públicos, en sus dos modalidades de cartera de renta y de especulación.
 - 3. *Stocks* o existencias de almacén. Dentro del cual se incluyen: 3.1. Las mercaderías. 3.2. Las materias primas. 3.3. Los artículos en fabricación. 3.4. Los productos acabados.
- b) Fijo: activo formado por los elementos patrimoniales vinculados durante cierto tiempo a la empresa, de tal manera que su productividad no deriva de su venta, sino del servicio que prestan, viniendo integrado por:
 - 1. Real. Dentro del cual se incluyen fundamentalmente: 1.1. «Terrenos y edificios». 1.2. Maquinaria. 1.3. Mobiliario.
 - 2. Inmaterial. Dentro del cual se incluyen fundamentalmente: 2.1. Patentes. 2.2. Marcas. 2.3. Fondo de comercio.
 - 3. Ficticio. Dentro del cual se incluyen fundamentalmente: 3.1. Gastos de constitución. 3.2. Primas de emisión de obligaciones. 3.3. Pérdidas a amortizar.

Si nos fijamos, los inmuebles se clasifican en el activo fijo real. La lógica de esta clasificación estriba en que cuando un inmueble es adquirido por una empresa lo normal es que lo utilice de una u otra forma para el ejercicio de su actividad, siendo, por ende, un servidor de la empresa. En este caso, es evidente que el inmueble se vincula durante cierto tiempo a la empresa, de tal manera que su productividad no deriva de su venta, sino del servicio que presta.

En este marco, cabe precisar que el servicio prestado a la empresa por un elemento patrimonial no ha de ser directo ni ha de procurar un resultado económico positivo, sino que puede ser indirecto e, incluso, negativo en términos económicos. De ahí que la teoría contable especifique que los elementos del activo se clasifican en funcionales, antifuncionales y extrafuncionales.

² Cfr. J. ÁLVAREZ LÓPEZ, *Elementos de contabilidad y teneduría de libros*, Ed. J. ÁLVAREZ LÓPEZ, San Sebastián, 1968, págs. 38 a 42.

- (i) Serán «funcionales» si realizan normalmente el cometido que se les ha asignado dentro de la explotación económica. Fundamentalmente, se trata de los bienes que sirven al objeto de la explotación económica, esto es, los bienes afectos a la actividad económica de la empresa (tal y como sucede con los inmuebles destinados al uso propio de la empresa –sede social, oficinas, fábrica, etc.–, o con los inmuebles destinados a la venta o al alquiler por las empresas dedicadas a la actividad de venta y alquiler inmobiliario).
- (ii) Serán «antifuncionales» cuando su uso resulta antieconómico (piénsese en los inmuebles que se hayan quedado anticuados o en los que requieren exagerados gastos de mantenimiento y reparación).
- (iii) Serán «extrafuncionales» si no pertenecen al objeto principal de la explotación. Fundamentalmente, se trata de los bienes que no se utilizan en la explotación económica de tipo empresarial, esto es, los bienes que, aun siendo titularidad de la empresa, no están afectos a su actividad económica (tal y como ocurre con los inmuebles destinados a la venta o alquiler por empresas que no se dedican a la enajenación y al arrendamiento inmobiliario).

De lo anterior se desprende que sobre los terrenos existe una presunción *hominis* a favor de su consideración como activos fijos reales, pues lo normal es que se adscriban por la empresa al ejercicio de su actividad empresarial (v. gr.: oficinas de gestión, aparcamientos de vehículos de personal o clientes, almacenes, etc.), sin que obste a este calificativo la circunstancia de que su uso resulte antieconómico (si producen más costes que beneficios) o que no se destinen al objeto principal de la explotación (como son los inmuebles adquiridos como meras inversiones).

Ahora bien, esta presunción decae cuando se trata de empresas inmobiliarias cuyo objeto social comprende la compra de inmuebles por cuenta propia con la finalidad de venderlos tras, en su caso, su construcción o rehabilitación, pues en tal hipótesis tan ordinario será que la empresa adscriba un terreno al ejercicio de su actividad del mismo modo que lo puede hacer cualquier otra empresa (v. gr.: la sede gestora, aparcamientos de vehículos, almacenes, etc.) y, por ende, formando parte de su activo fijo; como que adquiera terrenos para su venta, ya inmediata, ya previa transformación, encontrándose así en constante rotación y, por ende, formando parte de su activo circulante. Además, aquí surge el problema de lo que acontece con los inmuebles adquiridos como meras inversiones, pues mientras que en las empresas no inmobiliarias existe la presunción de que estos inmuebles forman parte de su activo fijo de carácter extrafuncional (por no destinarse los terrenos a la explotación económica), en las compañías inmobiliarias resulta apriorísticamente difícil diferenciarlos de los terrenos que constituyen su actividad empresarial consistente en la adquisición de terrenos para su venta.

Para resolver estas cuestiones no queda más remedio que acudir a la normativa contable aplicable en cada caso en concreto. Aunque, por supuesto, tratándose de beneficios fiscales, también se deberá de estar a la normativa tributaria que los regula.

Por tanto, acto seguido se analizará la trayectoria histórica del beneficio fiscal por reinversión empresarial, prestando especial atención al caso de los terrenos.

2. ANTECEDENTES

2.1. LIS de 1978: exención por reinversión

Prescindiendo de antecedentes más remotos ³, el origen moderno de este beneficio fiscal se suele situar en el artículo 15.8 de la LIS de 1978 [Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 30 de diciembre)], donde se establecía la exención de los incrementos de patrimonio puestos de manifiesto en la transmisión de elementos materiales del activo fijo siempre que el importe total de la enajenación se reinvertiese en bienes de análoga naturaleza, y con las condiciones exigidas por esa norma ⁴.

Semejante exención se relacionaba con la deducción por inversiones prevista en el artículo 26 de la citada LIS de 1978 y desarrollada por los artículos 213 a 220 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 1982 (en adelante, RIS de 1982), aprobado mediante el Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre (BOE de 21 a 27 de octubre y de 4 de noviembre), pues cuando se procedía a la reinversión de un incremento patrimonial derivado de la transmisión de un elemento que cumplía tanto los requisitos de la exención como de la deducción, el sujeto pasivo podía optar entre una u otra.

Centrándonos en la exención contemplada en el mencionado artículo 15.8 de la LIS de 1978, GARCÍA LUIS explicó que «tiene una justificación sobradamente conocida y que puede resumirse en la pretensión de facilitar a las empresas la renovación de sus activos, eliminando la posible barrera que pudiera representar para la toma de tales decisiones el gravamen de los incrementos de patrimonio que pudieran derivarse de la venta de los activos que sustituyen o renuevan. De esta forma trata de fomentarse tanto el mantenimiento de la capacidad productiva de la empresa como su incremento por la adquisición de nuevos elementos distintos de los enajenados» ⁵.

El mismo autor destaca que «el precepto dejaba diversas cuestiones abiertas y fundamentalmente la concreción de lo que había de considerarse elemento de activo fijo de las empresas», pues

³ El artículo 2 de la Ley de 26 de diciembre de 1958 ya estableció que los beneficios o incrementos derivados de la enajenación de elementos de activo fijo no se computarían como ingreso fiscal (lo que suponía su exención) a condición de destinar dichos beneficios a la previsión para inversiones e invertir el producto de la enajenación. Según A. MATERO SÁENZ, *Impuesto sobre Sociedades: Comentarios al Reglamento*, Ed. Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1984, pág. 197, se pretendía con ello reponer el elemento enajenado y mantener la capacidad productiva de la empresa.

El mismo autor explica que, posteriormente, el artículo de la Ley 41/1964 mantuvo similar régimen pero lo recondujo al sistema general de la previsión por inversiones (si bien, sin límite en la dotación), por lo que solo se exigía la inversión del importe del beneficio o plusvalía, ya que en todo momento se guardaba un equilibrio entre las cuentas activas y pasivas.

⁴ El redactado del artículo 15.8 de la LIS de 1978 era el siguiente: «No obstante lo establecido en el presente artículo, los incrementos de patrimonio que se pongan de manifiesto en la transmisión de elementos materiales del activo fijo de las empresas, necesarios para la realización de sus actividades empresariales, no serán gravados siempre que el importe total de la enajenación se reinvierta en bienes de análoga naturaleza y destino en un periodo superior a dos años y superior a cuatro si durante el primero la sociedad presenta un plan de inversiones a la Administración e invierte durante los dos primeros al menos un 25 por 100 del total del incremento».

⁵ T. GARCÍA LUIS, *Impuesto sobre Sociedades: desgravaciones por inversión y creación de empleo*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1990, pág. 209. Este autor apunta que también se ha visto la finalidad de esta exención en no gravar incrementos de patrimonio meramente monetarios como resultado de un proceso inflacionista.

la regulación que del elemento objetivo del beneficio fiscal realizaba el artículo 15.8 de la LIS de 1978 consistía simplemente en decir que se refería a la transmisión «... de elementos materiales del activo fijo de las empresas, necesarios para la realización de sus actividades empresariales...». Como explica el citado autor, «Este aspecto fue delimitado por el Real Decreto 3061/1979, de 29 de diciembre, regulador del régimen fiscal de la inversión empresarial, donde se contenía su desarrollo completo en los artículos 32 a 40, preceptos que constituyen el antecedente, a veces literal, de la regulación del RIS...», esto es, del ya citado RIS 1982.

El artículo 147.1 de este último reglamento (RIS de 1982) establecía que:

«A estos efectos tendrán la consideración de elementos materiales de activo fijo los que reúnan los siguientes requisitos:

A) Que estén incluidos en alguna de las siguientes categorías:

a) Terrenos sobre los que se desarrolle total o parcialmente la actividad

b) (...)

B) Que sean utilizables durante un tiempo superior al periodo impositivo.

C) Que estén afectos y sean necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad.

D) Que no se hallen cedidos a terceros para su uso, con o sin contraprestación».

Este último requisito (letra D) es consecuencia lógica del citado en penúltimo lugar (letra C), pues si se reclama que el elemento material ha de estar afecto a la actividad empresarial y, en consecuencia, debe ser un elemento necesario para el ejercicio de la actividad empresarial, tendremos que no podrán acogerse a la exención los elementos cedidos a terceros, pues si se ceden es señal que ni están afectos ni, por ende, son necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial ⁶.

Sin embargo, semejante silogismo no resulta aplicable en las empresas que se dedican precisamente a la cesión de elementos patrimoniales, pues los elementos que ceden sí que pueden estar afectos a la actividad y ser necesarios para su ejercicio.

De ahí que se introdujera una norma destinada a paliar la exclusión del ámbito objetivo de la exención, si bien los efectos de esta exclusión se limitaron a la cesión de terrenos en régimen de arrendamiento. Esta norma era el artículo 147.2 del RIS de 1982 donde se establecía que:

«Así mismo gozarán de exención los incrementos patrimoniales puestos de manifiesto en la transmisión onerosa, cualquiera que sea su forma, de terrenos en los siguientes casos:

⁶ Cfr. F. CLAVIJO HERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., 1995, pág. 295.

a) Cuando la sociedad que obtenga el incremento patrimonial tenga como objeto exclusivo la adquisición o promoción de fincas urbanas para su explotación en régimen de arrendamiento.

b) Cuando la sociedad transmitente tenga en explotación y en régimen de arrendamiento en el último día del ejercicio precedente una superficie inmobiliaria superior a la que haya enajenado en dicho ejercicio y en el anterior.

c) Si el terreno se transmite juntamente con la finca urbana construida sobre él, cuando dicha finca haya estado arrendada durante más de dos años en los tres años anteriores a la venta»⁷.

De este modo, pues, el apartado 2 del artículo 147 añadía al ámbito objetivo de la exención otro tipo de terrenos pensando fundamentalmente en las sociedades inmobiliarias⁸ y, de forma más concreta, en las empresas inmobiliarias cuyo objeto fuera el de la explotación de fincas urbanas en régimen de arrendamiento⁹. Aunque también era susceptible de alcanzar a cualesquiera otras empresas por el mero hecho de alquilar fincas urbanas. En efecto:

a) El apartado 1 del artículo 147 se refería a los terrenos que estuvieran afectos y en los que se desarrollara total o parcialmente la actividad de una empresa no dedicada al alquiler, los cuales tenían idéntico régimen que el resto de elementos patrimoniales del activo fijo, requiriéndose, por ende, que fueran utilizables por un tiempo superior al periodo impositivo y que no se hallaran cedidos a terceros. Adviértase que, respecto a las sociedades que no se dedican fundamentalmente al alquiler inmobiliario, los terrenos cuyo uso ceden a terceros son susceptibles de calificarse de activo fijo extrafuncional en la medida que están vinculados durante cierto tiempo a la empresa (lo que determina su calificación de «activo fijo»), pero no pertenecen al objeto de la explotación económica de tipo empresarial (lo que determina su calificación de «extrafuncionales»). De ahí la relevancia que tenía el apartado 1 del artículo 147 en cuanto excluía estos terrenos del beneficio fiscal.

b) El apartado 2 del artículo 147 se refería:

b.1) Por un lado, a los terrenos de empresas dedicadas fundamentalmente al arrendamiento inmobiliario, ya en un sentido formal, por tener como objeto exclusivo la explotación de fincas urbanas en régimen de arrendamiento [art. 147.2 a) RIS de 1982], ya en un sentido material, por tener una superficie inmobiliaria arrendada superior a la que se

⁷ El mismo artículo 147.2 del RIS de 1982 definía lo que debía entenderse por finca urbana. Concretamente se decía que «A los efectos de este apartado, se entiende por finca urbana, tanto el edificio completo como cada uno de los pisos o locales que lo integren según su descripción registral o régimen de propiedad horizontal, siempre que no tengan carácter industrial». Y, además, establecía que para la procedencia de la exención en estos supuestos habían de concurrir, junto a determinados requisitos en la reinversión, dos condiciones: (i) Que los arrendamientos se realizaran sin opción de compra; y, (ii) que los inquilinos, los adquirentes de las viviendas enajenadas y los vendedores de las viviendas en que se materializara la reinversión, no estuvieran directa o indirectamente vinculados con la entidad.

⁸ Cfr. en este sentido M. ROZAS ZORNOZA, en la obra colectiva *Impuesto sobre Sociedades*, correspondiente al t. IV. vol. 1.º de la colección *Comentarios a las Leyes tributarias y financieras*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1986, pág. 600.

⁹ Cfr. M. PONT MESTRES y J.F. PONT CLEMENTE, *El Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Escola Universitària d'Estudis Empresarials de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1996, pág. 290.

enajena [art. 147.2 b) RIS de 1982]. Se trataba, en consecuencia, de terrenos sobre los que cabía presumir su condición de afectos a la actividad económica arrendadora.

- b.2) Por otro lado, se refería a cualquier terreno con construcción urbana que hubiera estado arrendado durante más de dos años en los tres años anteriores a su venta [art. 147.2 c) RIS de 1982]. Lógicamente, con esta última hipótesis se estaba pensando en los terrenos arrendados por empresas que, ni formal ni materialmente, se dedicaran de manera empresarial al arrendamiento inmobiliario, esto es, el precepto se refería a empresas que no tenían como objeto exclusivo la explotación de fincas urbanas en régimen de alquiler y que tampoco tenían una superficie inmobiliaria arrendada superior a la que se enajenaba. Aun cuando reconocemos que ello resultaba problemático¹⁰, entendemos que estábamos ante un activo fijo extrafuncional (esto es, ante un elemento patrimonial que, aun cuando no estaba afecto a la actividad económica de la empresa, sí estaba vinculado a la misma de forma duradera). En todo caso, lo que resulta indiscutible es que con relación al beneficio fiscal bastaba que una finca urbana hubiera estado arrendada durante más de dos años en los tres años anteriores a su venta para que fuera aplicable el beneficio fiscal a la transmisión conjunta del terreno y de la construcción, lo cual era señal de que se consideraban o, cuanto menos, se equiparaban al resto de bienes del activo fijo incluidos dentro del ámbito material de la exención.

2.2. LIS de 1995: diferimiento impositivo por reinversión

La LIS de 1995 [Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 28 de diciembre)], contempló la exención por reinversión respecto al régimen especial de las empresas de reducida dimensión (art. 127)¹¹, pero en el régimen general se substituyó por otra suerte de beneficio fiscal basado en el diferimiento impositivo. Concretamente, en su artículo 21 se establecía un diferimiento del impuesto devengado en los casos de transmisión onerosa de determinados elementos patrimoniales (inmovilizado, material e inmaterial, o de valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5%), en el sentido de que las rentas obtenidas por su transmisión, una vez corregidas en el importe de la depreciación monetaria, no se integraban en la base imponible, siempre que, cumplimentándose determinados requisitos, su

¹⁰ Así, A. MATERO SÁENZ, *Impuesto...*, cit., pág. 200, entendió que «Esta adición puede plantear problemas a la hora de calificar estos terrenos como activo fijo o circulante (fijo, en principio, según el artículo 147; y circulante por su función en las sociedades inmobiliarias y su tratamiento contable) con subsiguiente incidencia en la aplicación de las actualizaciones legalmente autorizadas».

¹¹ Comparativamente con la exención por reinversión que se regulaba en la LIS de 1978 y en su Reglamento de 1982, la exención por reinversión del artículo 127 de la LIS de 1995 tenía un ámbito objetivo de aplicación más simple. En efecto, como explican M. PONT MESTRES y J.F. PONT CLEMENTE, *El Impuesto...*, cit., pág. 290, «Respecto al ámbito objetivo de la exención, en el artículo 147 del Reglamento de 1982 se establecían, además de diferentes categorías de elementos del inmovilizado material, los requisitos de afectación, necesidad para el ejercicio de la actividad y de la no cesión a terceros para su uso. Se regulaba en el mismo artículo la aplicación de la exención a empresas cuyo objeto era el de adquisición o promoción de fincas urbanas y el de explotación de las mismas en régimen de arrendamiento. El ámbito objetivo del actual [esto es, del que se regulaba en el art. 127 LIS de 1995 para las empresas de reducida dimensión] se reduce a los elementos del inmovilizado material afectos a explotaciones económicas, sin más exigencias».

importe se reinvirtiera, a su vez, en cualquiera de esos elementos patrimoniales dentro de un determinado plazo, siendo que las referidas rentas se imputarían gradualmente a ulteriores periodos impositivos pasando a integrarse en su base imponible ¹².

Es fácil apreciar que el diferimiento impositivo por reinversión consistía en una imputación temporal especial por estar diferida en el tiempo ¹³, lo cual comportaba que resultase menos favorable que la exención por reinversión, pues con aquel, con el diferimiento impositivo, ya no era posible evitar de forma absoluta la tributación de los incrementos de patrimonio que se pusieran de manifiesto con ocasión de la transmisión de activos empresariales ¹⁴.

En todo caso, lo que a nosotros más nos interesa es que el beneficio fiscal en que consistía el diferimiento impositivo por reinversión regulado en la LIS de 1995, tenía en relación con los terrenos un ámbito objetivo de aplicación menos complejo que el contemplado por la LIS de 1978 respecto a la exención por reinversión, pues, según el apartado 1 del artículo 21 de la LIS de 1995, alcanzaba, entre otros, a los «... elementos patrimoniales del inmovilizado, material...», dentro del cual se incluyen los terrenos ¹⁵.

¹² El redactado del artículo 21 de la LIS de 1995 era el siguiente:

«1. No se integrarán en la base imponible las rentas obtenidas, una vez corregidas en el importe de la depreciación monetaria, en la transmisión onerosa de elementos patrimoniales del inmovilizado, material o inmaterial, y de valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 por 100 sobre el capital social de las mismas y que se hubieren poseído, al menos, con un año de antelación, siempre que el importe de las citadas transmisiones se reinvierta en cualquiera de los elementos patrimoniales antes mencionados, dentro del plazo comprendido entre el año anterior a la fecha de la entrega o puesta a disposición del elemento patrimonial y los tres años posteriores.

La reinversión se entenderá efectuada en la fecha en que se produzca la puesta a disposición de los elementos patrimoniales en que se materialice.

2. La Administración tributaria podrá aprobar planes especiales de reinversión cuando concurren circunstancias específicas que lo justifiquen.

Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para la aprobación de los planes que se formulen.

3. El importe de la renta no integrada en la base imponible se sumará a la misma por partes iguales en los periodos impositivos concluidos en los siete años siguientes al cierre del periodo impositivo en que venció el plazo al que se refiere el apartado 1, o, tratándose de bienes amortizables, en los periodos impositivos durante los que se amorticen los elementos patrimoniales en los que se materialice la reinversión, a elección del sujeto pasivo.

4. Los elementos patrimoniales objeto de la reinversión deberán permanecer en el patrimonio del sujeto pasivo, salvo pérdida justificada, hasta que se cumpla el plazo de siete años al que se refiere el apartado anterior, excepto que su vida útil conforme al método de amortización, de los admitidos en el artículo 11.1, que se aplique, fuere inferior. La transmisión de dichos elementos antes de la finalización del mencionado plazo determinará la integración en la base imponible de la parte de renta pendiente de integración, excepto que el importe obtenido sea objeto de reinversión en los términos establecidos en el apartado 1.

5. En caso de no realizarse la reinversión dentro del plazo señalado, la parte de cuota íntegra correspondiente a la renta obtenida, además de los intereses de demora, se ingresará conjuntamente con la cuota correspondiente del periodo impositivo en que venció aquel.»

¹³ Cfr. C. GARCÍA NOVOA, en la obra colectiva *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, Ed. Comares, Granada, 1998, pág. 239.

¹⁴ Cfr. M. PONT MESTRES y J.F. PONT CLEMENTE, *El Impuesto...*, cit., págs. 143 y 144.

Aún así, F. ALONSO MURILLO, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 85, se mostró favorable a la introducción del mecanismo del diferimiento por entender que evitaba los problemas que planteaba la exención dispuesta en la anterior regulación.

¹⁵ Cfr. F. CLAVIJO HERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., 1998, pág. 322.

Cabe recordar que la exención de la LIS de 1978 estaba pensada para los activos fijos de carácter funcional (esto es, que sirven al objeto de la explotación económica), de ahí que las rentas derivadas de la transmisión de terrenos no pudiesen gozar del beneficio fiscal salvo que fueran necesarios para el ejercicio de la actividad desarrollada por la sociedad, razón por la que no alcanzaba a los terrenos cedidos para su uso a terceros (art. 147.1 RIS de 1982), a no ser, claro está, que se tratara de empresas exclusiva o fundamentalmente dedicadas al arrendamiento de fincas urbanas, pues para ellas los terrenos que ceden son necesarios para el ejercicio de su actividad empresarial formando parte de su activo fijo funcional [art. 147.2 a) y b) RIS de 1982]. Por excepción, se admitía que el beneficio fiscal también se aplicara a determinados terrenos arrendados susceptibles de clasificarse dentro del activo fijo extrafuncional, como los terrenos con construcciones urbanas que hubieran estado arrendados durante más de dos años en los tres años anteriores a su venta [art. 147.2 c) RIS de 1982].

En cambio, la LIS de 1995 no contempló ninguna regla especial para los terrenos arrendados, y ello porque tampoco exigió que los elementos patrimoniales en general fueran del activo fijo funcional, no requiriéndose que fueran necesarios para la realización de la actividad empresarial de que se tratara. Ciertamente, para los valores representativos del capital social o en fondos propios de entidades, se exigía que la participación se hubiese poseído, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión, pero ni tan siquiera este requisito temporal resultaba aplicable a los elementos de inmovilizado, por lo que bastaba la titularidad de dichos elementos para que les resultara aplicable el diferimiento impositivo por reinversión. Por tanto, podían acogerse al beneficio fiscal todos los elementos patrimoniales que hubieran sido adquiridos por la empresa y se hubieran incorporado a su inmovilizado, aunque no hubieran sido utilizados efectivamente en la actividad económica antes de su transmisión¹⁶, de donde se deducía que el beneficio fiscal alcanzaba a todo activo fijo, ya fuera funcional o extrafuncional¹⁷.

2.3. Ley 24/2001 de reforma de la LIS de 1995: deducción por reinversión

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre), derogó el artículo 21 de la LIS de 1995. Pero el artículo 2.13 de la citada Ley 24/2001 añadió a la LIS de 1995 el artículo 36 ter que incorporaba un beneficio fiscal denominado «Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios»¹⁸.

¹⁶ Cfr. M. PONT MESTRES y J.F. PONT CLEMENTE, *El Impuesto...*, cit., 1996, pág.145.

¹⁷ Por otra parte, se señaló por la doctrina que no había ningún impedimento a que este beneficio fiscal alcanzara al denominado «inmovilizado en curso» (cfr. A. BLESAGUENA; R. BERGUA CANELLES; I. CIUTAT CURA y H. PADROL MUNTÉ, *Todo sobre la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, pág. 89), esto es, al conjunto de inversiones que, por falta de algún requisito, no pueden aún ser incorporadas a la actividad productiva de la empresa. El «inmovilizado en curso» se contraponen al «inmovilizado definitivo» donde se agrupan las inversiones en bienes que están en disposición de entrar en servicio o que ya lo están prestando (cfr. J.A. FERNÁNDEZ e I. NAVARRO, *Cómo interpretar un balance*, Ed. Deusto, Bilbao, 1986, pág. 27).

¹⁸ El redactado del artículo 36 ter de la LIS de 1995, introducido por la Ley 24/2001, era el siguiente:

«1. Deducción de la cuota íntegra.

Se deducirá de la cuota íntegra el 17 por 100 del importe de las rentas positivas obtenidas en la transmisión onerosa de los elementos patrimoniales detallados en el apartado siguiente, e integradas en la base imponible sometida al tipo gene-

Este nuevo precepto, el artículo 36 ter de la LIS de 1995, vino a sustituir el método del diferimiento impositivo por una deducción que, desde luego, pretendía potenciar la capitalización de las entidades productivas dado el diseño de la deducción a través de la reinversión en bienes del inmovilizado material e inmaterial o valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100. Pero, además, también pretendía evitar el arbitraje fiscal que derivaba de la tributación de las ganancias patrimoniales de más de un año, pues estaban menos gravadas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) que en el IS ¹⁹.

La deducción se cuantificaba por la aplicación de un porcentaje (que dependía del tipo de gravamen al que estuviera sometida la entidad) al importe de la renta obtenida en la transmisión onerosa de determinados elementos patrimoniales que, amén de haberse integrado en la base imponible ²⁰, se reinvirtiera en los elementos patrimoniales especificados en la ley ²¹.

Los elementos patrimoniales transmitidos habían de pertenecer a alguna de las categorías de bienes enumerados en el artículo 36 ter.2 de la LIS de 1995 introducido por la Ley 24/2001, entre los

ral de gravamen o a la escala prevista en el artículo 127 bis de esta ley, a condición de reinversión, en los términos y con los requisitos de este artículo.

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

Se entenderá que se cumple la condición de reinversión si el importe obtenido en la transmisión onerosa se reinvierte en los elementos patrimoniales enumerados en el apartado 3 de este artículo.

No se aplicará a esta deducción el límite a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 37 de esta ley. A efectos de dicho límite no se computará esta deducción.

2. Elementos patrimoniales transmitidos.

Los elementos patrimoniales transmitidos, susceptibles de generar rentas que constituyan la base de la deducción prevista en este artículo, son los siguientes:

a) Los pertenecientes al inmovilizado material e inmaterial, que se hubiesen poseído al menos un año antes de la transmisión.

b) Valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 por 100 sobre el capital social de las mismas, y que se hubiera poseído, al menos, con un año de antelación a la fecha de transmisión.

No se entenderán comprendidos en la presente letra los valores que no otorguen una participación en el capital social.

A los efectos de calcular el tiempo de posesión, se entenderá que los valores transmitidos han sido los más antiguos. El cómputo de la participación transmitida se referirá al periodo impositivo.

3...».

Este precepto legal se desarrolló reglamentariamente por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, en cuyo artículo 39 se regulan los planes especiales de reinversión y en el 40 el órgano competente para resolver el expediente. Así, en su disposición derogatoria única.1, se deroga el RIS de 1997.

¹⁹ Cfr. F. CLAVIJO HERNÁNDEZ, en la obra colectiva *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2002, pág. 380; M. GUTIÉRREZ LOUSA, en la obra colectiva *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pág. 503.

²⁰ Como explica F. CLAVIJO HERNÁNDEZ, en la obra colectiva *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2002, pág. 380, la exigencia de que la renta positiva deba integrarse en la base imponible es obvia, «pues si la renta estuviese exenta (como puede ocurrir en los supuestos de aplicación de los artículos 20 bis y 20 ter), no tendría ningún sentido esta deducción, ya que su finalidad es garantizar una tributación efectiva de las ganancias de capital al 18 por 100 (diferencia entre el tipo general del impuesto y el tipo general de la deducción), con el objeto de equiparar estas rentas con las del IRPF».

²¹ Apuntamos que el artículo 36 ter.8 exige, como requisito formal de esta deducción, que mientras no se cumpla el plazo de mantenimiento de la inversión previsto legalmente, las entidades han de dar cuenta en la memoria del «importe de la renta acogida a la reducción».

que figuraban «Los pertenecientes al inmovilizado material e inmaterial, que se hubiesen poseído al menos un año antes de la transmisión».

Se observa, pues, que dentro del ámbito objetivo de la nueva deducción se continuaron incluyendo los terrenos que hubieran sido adquiridos por la empresa y se hubieran incorporado a su activo, aunque no hubieran sido utilizados efectivamente antes de su transmisión. Por tanto, el beneficio fiscal alcanzaba tanto al activo fijo funcional como al activo fijo extrafuncional.

Ahora bien, mientras que en el antiguo artículo 21 de la LIS de 1995, el requisito temporal de permanencia del activo durante un año de antelación a la fecha de transmisión tan solo se exigía respecto a los valores representativos del capital social o en fondos propios de entidades, con el artículo 36 ter de la LIS de 1995 introducido por la Ley 24/2001, este requisito se extendió al resto de activos, de tal manera que los elementos del inmovilizado material e inmaterial también habían de haber estado en posesión de la empresa durante un periodo mínimo de un año antes de la transmisión.

2.4. Ley 35/2006 de reforma del TRLIS de 2004: deducción por reinversión

El artículo 36 ter de la LIS de 1995 pasó a ser el artículo 42 del TRLIS de 2004 [RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 11 de marzo)].

Pero, posteriormente, fue modificado por la disposición final 2.^a 22 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE de 29 de noviembre).

En lo que a nosotros más nos afecta, de este nuevo redactado del artículo 42 del TRLIS de 2004 ²², destaca que se endurecen las exigencias reclamadas a los elementos patrimoniales cuya

²² El redactado dado al artículo 42 del TRLIS de 2004 por la Ley 35/2006 fue el siguiente:

«1. Deducción en la cuota íntegra.

Se deducirá de la cuota íntegra el 12 por 100 del importe de las rentas positivas obtenidas en la transmisión onerosa de los elementos patrimoniales establecidos en el apartado siguiente integradas en la base imponible sometida al tipo general de gravamen o a la escala prevista en el artículo 114 de esta ley, a condición de reinversión, en los términos y los requisitos de este artículo.

Esta deducción será del 7 por 100, del 2 por 100 o del 17 por 100 cuando la base imponible tribute a los tipos del 25 por 100, del 20 por 100 o del 35 por 100, respectivamente.

Se entenderá que se cumple la condición de reinversión si el importe obtenido en la transmisión onerosa se reinvierte en los elementos patrimoniales enumerados en el apartado 3 de este artículo y la renta procede de los elementos patrimoniales enumerados en el apartado 2 de este artículo.

No se aplicará a esta deducción el límite a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 44 de esta ley. A efectos de dicho límite no se computará esta deducción.

2. Elementos patrimoniales transmitidos.

Los elementos patrimoniales transmitidos, susceptibles de generar rentas que constituyan la base de la deducción prevista en este artículo, son los siguientes:

transmisión da derecho a la deducción y así: (i) Para los valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, amén de continuar reclamándose que se hubiesen poseído al menos durante un año de antelación a la fecha de la transmisión, se exige ahora que no se tratara de operaciones de disolución o fusión de esas entidades. (ii) Para los elementos del inmovilizado material o inmaterial, se sustituyó el requisito de la posesión durante un año por el de la afectación y del funcionamiento durante un año, pues a la hora de regular los requisitos para tener derecho a la deducción se aludía a los mismos en estos términos: «Los pertenecientes al inmovilizado material e inmaterial afectos a actividades económicas que hubiesen estado en funcionamiento al menos un año antes de la transmisión».

Se observa que se introdujo como principal modificación la necesidad de que los elementos del inmovilizado transmitidos estuviesen afectos a actividades económicas y, además, que hubieran estado en funcionamiento al menos un año antes de su transmisión, cuando en la redacción anterior, dada por la Ley 24/2001, solo se exigía que se hubiesen poseído al menos un año antes de la transmisión, por lo que la deducción era aplicable incluso en el caso de transmisión de elementos patrimoniales no afectos a una explotación económica ²³.

Es decir, con la reforma operada por la Ley 35/2006 se sustituye el requisito temporal de la «posesión mínima» del bien durante un año antes de su transmisión, por el requisito funcional de la «afectación» del bien y de su «funcionamiento mínimo» durante un año antes de su transmisión. El requisito temporal, pues, continuaba siendo el mismo (un año), pero ahora se requería una «posesión reforzada» por la afectación y el funcionamiento del bien durante un año. Sin embargo, surgía la duda de si este año de funcionamiento había de ser el inmediatamente anterior al de su transmisión (v. gr.: que si un bien se transmitía el 15 de junio de 2007, hubiera cuanto menos estado en funcionamiento desde el 14 de junio de 2006 al 14 de junio de 2007), o podía ser otro anterior (v. gr.: que el citado bien, pese a no haber estado en funcionamiento desde el 14 de junio de 2006 al 14 de junio de 2007, hubiera estado en funcionamiento en fechas anteriores, como, sería el caso que hubiera estado en funcionamiento desde el 13 junio de 2005 al 13 de junio de 2006). Dado que la norma no lo especificaba, entendemos que el año de funcionamiento podía ser otro anterior al de la transmisión. De aceptarse este criterio, deberíamos convenir en que el requisito se reducía a que había de tratarse de elementos que formasen parte del activo fijo funcional por estar afectos a la explotación económica a la fecha de la transmisión, pero que en esta fecha podían no estar en funcionamiento, bastando con que lo hubieran estado en un año precedente.

a) Los pertenecientes al inmovilizado material e inmaterial afectos a actividades económicas que hubiesen estado en funcionamiento al menos un año antes de la transmisión.

b) Valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 por 100 sobre su capital y que se hubieran poseído, al menos, con un año de antelación a la fecha de transmisión, siempre que no se trate de operaciones de disolución o liquidación de esas entidades. El cómputo de la participación transmitida se referirá al periodo impositivo.

A los efectos de calcular el tiempo de posesión, se entenderá que los valores transmitidos han sido los más antiguos. 3...».

Según se ha dicho en nota 18, este precepto legal ha sido desarrollado reglamentariamente por los artículos 39 (planes especiales de reinversión) y 40 (órgano competente para desarrollar el expediente) del RIS de 2004.

²³ Cfr. J.M. DÍAZ-ARIAS, *Ley comentada del Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Deusto, 2007, pág. 341.

3. LEY 16/2007 DE REFORMA DEL TRLIS DE 2004: ASPECTOS DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA VIGENTE DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN

Finalmente, el artículo 42 del TRLIS de 2004 ha sido modificado por la disposición adicional 8.^a 2 de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (BOE de 5 de julio).

El vigente artículo 42 del TRLIS de 2004 parte del mismo esquema que el artículo 36 ter de la LIS de 1995²⁴ y, por ende, también pretende, por un lado, incentivar la inversión empresarial y,

²⁴ El vigente redactado del artículo 42 del TRLIS de 2004, debido a la reforma introducida por la Ley 16/2007, es el siguiente:

«1. Dedución de la cuota íntegra.

Se deducirá de la cuota íntegra el 12 por 100 del importe de las rentas positivas obtenidas en la transmisión onerosa de los elementos patrimoniales establecidos en el apartado siguiente integradas en la base imponible sometida al tipo general de gravamen o a la escala prevista en el artículo 114 de esta ley, a condición de reinversión, en los términos y los requisitos de este artículo.

Esta deducción será del 7 por 100, del 2 por 100 o del 17 por 100 cuando la base imponible tribute a los tipos del 25 por 100, del 20 por 100 o del 35 por 100, respectivamente.

Se entenderá que se cumple la condición de reinversión si el importe obtenido en la transmisión onerosa se reinvierte en los elementos patrimoniales enumerados en el apartado 3 de este artículo y la renta procede de los elementos patrimoniales enumerados en el apartado 2 de este artículo.

No se aplicará a esta deducción el límite a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 44 de esta ley. A efectos de dicho límite no se computará esta deducción.

2. Elementos patrimoniales transmitidos.

Los elementos patrimoniales transmitidos, susceptibles de generar rentas que constituyan la base de la deducción prevista en este artículo, son los siguientes:

a) Los que hayan pertenecido al inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas que hubiesen estado en funcionamiento al menos un año dentro de los tres anteriores a la transmisión.

b) Valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 por 100 sobre su capital y que se hubieran poseído, al menos, con un año de antelación a la fecha de transmisión, siempre que no se trate de operaciones de disolución o liquidación de esas entidades. El cómputo de la participación transmitida se referirá al periodo impositivo.

A los efectos de calcular el tiempo de posesión, se entenderá que los valores transmitidos han sido los más antiguos.

Cuando los valores transmitidos correspondan a entidades que tengan elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas, según balance del último ejercicio cerrado, en un porcentaje superior al 15 por 100 del activo, no se aplicará la deducción sobre la parte de renta obtenida en la transmisión que corresponda en proporción al porcentaje que se haya obtenido. Este porcentaje se calculará sobre el balance consolidado si los valores transmitidos representan una participación en el capital de una entidad dominante de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, en el que se incluirán las entidades multigrupo y asociadas en los términos de la legislación mercantil. No obstante, el sujeto pasivo podrá determinar dicho porcentaje según los valores de mercado de los elementos que integran el balance.

Se considerarán elementos no afectos las participaciones, directas o indirectas, en las entidades a que se refiere el apartado 4 de este artículo y los elementos patrimoniales que constituyen el activo de las mismas, caso de que formen parte del grupo a que se refiere el párrafo anterior. Se computarán como elementos afectos aquellos que cumplan las condiciones establecidas en los números 1.º y 2.º del párrafo a) del artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

3...».

Según se ha dicho en nota 18, este precepto legal ha sido desarrollado reglamentariamente por los artículos 39 (planes especiales de reinversión) y 40 (órgano competente para desarrollar el expediente) del RIS de 2004, cabiendo apuntar que el citado artículo 39 ha sido modificado por el artículo único.doce del Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre.

por otro, paliar la mayor tributación que experimentan las ganancias patrimoniales en el IS en comparación con las del IRPF ²⁵.

La deducción continúa cuantificándose por la aplicación de un porcentaje (que depende del tipo de gravamen al que está sometida la entidad) al importe de la renta obtenida en la transmisión onerosa de determinados elementos patrimoniales que, amén de haberse integrado en la base imponible, se reinviertan en los elementos patrimoniales especificados en la ley ²⁶.

En lo que a nosotros más nos afecta, de este nuevo redactado del artículo 42 del TRLIS de 2004 que deriva de la Ley 16/2007, destaca que se completa la regulación de las exigencias reclamadas a los elementos patrimoniales cuya transmisión da derecho a la deducción: (i) Para los valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, amén de continuar reclamándose que se hubiesen poseído al menos durante un año de antelación a la fecha de la transmisión, se continúa exigiendo que no se trate de operaciones de disolución o fusión de esas entidades, añadiéndose ciertas reglas sobre su afectación. (ii) Para los elementos del inmovilizado material o inmaterial, se mantiene el requisito de la afectación anual, pero se clarifica el cómputo del periodo de afectación y, además, se cita de forma explícita a las inversiones inmobiliarias. Concretamente, a la hora de regular los requisitos para tener derecho a la deducción, se alude a los citados elementos en estos términos: «Los que hayan pertenecido al inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas que hubiesen estado en funcionamiento al menos un año dentro de los tres anteriores a la transmisión».

Esquemáticamente, los aspectos de signo objetivo que presenta este precepto son:

- a) Aspecto material: concepto de inmovilizado e inversiones inmobiliarias.
- b) Aspecto funcional: concepto de afectación-funcionamiento.
- c) Aspecto temporal: plazo de afectación-funcionamiento.

4. ASPECTO MATERIAL

4.1. Normativa

a) Normativa reguladora del IS

De los antecedentes históricos analizados, resulta que el aspecto material del beneficio fiscal relacionado con la reinversión siempre ha estado conectado fundamentalmente con el inmovilizado material. Y así:

²⁵ Cfr. J.J. FERREIRO LAPATZA; J. MARTÍN FERNÁNDEZ; J. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ y J.M. TOVILLAS MORÁN, *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 2008, pág. 204.

²⁶ Apuntamos que el artículo 42.10 del TRLIS de 2004 exige, como requisito formal de esta deducción, que mientras no se cumpla el plazo de mantenimiento de la inversión previsto legalmente, las entidades han de dar cuenta en la memoria de las cuentas anuales el «importe de la renta acogida a la reducción».

- (i) Del artículo 15.8 de la LIS de 1978 y del artículo 147 del RIS de 1982, se deducía que la exención por reinversión requería que se tratase de elementos patrimoniales que estuvieran incluidos en la lista de elementos materiales que la propia norma consideraba susceptibles de incluirse dentro del activo fijo, entre los cuales figuraban los terrenos.
- (ii) Del artículo 21 de la LIS de 1995 se deducía que el diferimiento impositivo por reinversión requería que se tratase de elementos patrimoniales del inmovilizado, material e inmaterial, o de valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, siendo pacífico que, dentro del inmovilizado material, eran susceptibles de incluirse los terrenos.
- (iii) Del artículo 36 ter de la LIS de 1995 introducido por la Ley 24/2001, se desprendía que la deducción por reinversión requería que se tratase de elementos patrimoniales del inmovilizado, material e inmaterial, o de valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, siendo igualmente indiscutible que, dentro del inmovilizado material, eran susceptibles de incluirse los terrenos.
- (iv) Del artículo 42 del TRLIS de 2004 en la redacción que le dio la Ley 35/2006, se infería que la deducción por reinversión requería que se tratase de elementos patrimoniales del inmovilizado, material e inmaterial, o de valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, con exclusión de las operaciones de disolución o liquidación de esas entidades, sucediendo que, como en los casos precedentes, dentro del inmovilizado material eran susceptibles de incluirse los terrenos.
- (v) Del artículo 42 del TRLIS de 2004 en la vigente redacción que le ha dado la Ley 16/2007, se desprende que la deducción por reinversión requiere que se trate de elementos patrimoniales del inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias, o de valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, con exclusión de las operaciones de disolución o liquidación de esas entidades, ocurriendo que, sin duda, los terrenos son susceptibles de incluirse tanto dentro del inmovilizado material como de las inversiones inmobiliarias.

De todo lo anterior se puede concluir que, aun cuando el núcleo central del beneficio fiscal que nos ocupa se ha centrado siempre en el activo fijo o inmovilizado, no se ha definido nunca por su normativa reguladora, lo cual comporta que debamos de estar a la normativa supletoria que, en nuestro caso, no es otra que la mercantil y contable²⁷.

b) Normativa mercantil

El artículo 184 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) (BOE de 27 de diciembre)²⁸, derogado por el artículo 2.9 de la Ley 16/2007, establecía que:

²⁷ Partiendo del artículo 9.2 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (BOE de 31 de diciembre), el artículo 7.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre), establece que «Tendrán carácter supletorio las disposiciones generales de derecho administrativo y los preceptos de derecho común».

²⁸ Al cual se remite el artículo 84 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE de 24 de marzo).

«1. La adscripción de los elementos del patrimonio al activo inmovilizado o al circulante se determinará en función de la afectación de dichos elementos.

2. El activo inmovilizado comprenderá los elementos destinados a servir de forma duradera en la actividad de la sociedad.

3. En la partida "Terrenos y construcciones" ²⁹ deberán figurar todos los bienes que el Código Civil considera como inmuebles, salvo que tengan partida específica en el esquema del balance».

Este precepto contemplaba un elemento definidor del activo inmovilizado frente al activo circulante: sea cual sea la naturaleza del bien (y, por ende, sea inmueble o no), lo relevante para ser calificado de inmovilizado es su afectación a la actividad de la empresa de forma duradera ³⁰.

Es decir, lo relevante para calificar un bien como de inmovilizado es que para la empresa su utilidad no sea efímera, sino permanente. Ahora bien, la norma no establecía plazo alguno para delimitar lo que es efímero de lo permanente o duradero. De tal manera que el criterio discriminador radicaba en la previsión temporal de la utilidad:

- (i) Será inmovilizado cuando, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, sea lógico pensar que la utilidad del bien respecto a la actividad de la empresa es por un plazo cuya prolongación en el tiempo tienda a lo indefinido.
- (ii) Mientras que será circulante cuando, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, sea lógico pensar que la utilidad del bien respecto a la actividad de la empresa es por un plazo cuya extensión en el tiempo tienda a lo inmediato.

c) Normativa contable: Plan General de Contabilidad de 1990

Lógicamente, la clasificación de los activos en inmovilizado o en circulante siempre se ha reflejado en la normativa contable.

Así, partiendo de lo que ya contemplaba la normativa precedente ³¹, en la parte tercera titulada «Definiciones y relaciones contables», del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprobó el anterior Plan General de Contabilidad (BOE de 14 de marzo):

²⁹ Los entrecomillados son nuestros.

³⁰ Como explica, A. MARINA GARCÍA-TRUÑÓN, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. III, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1.827 y 1.828, en comentario al artículo 185 del TRLSA, «tal adscripción parte del principio general de la afectación, a tenor del cual no será factor determinante la naturaleza o el objeto de que se trate, sino, antes bien, la integración del mismo en la actividad social que configura la sociedad. Cuanto más permanente o duradera sea aquella, cabrá concluir que estaremos en presencia de un elemento de activo inmovilizado, y de suceder en contrario, la referencia la estaremos realizando a un elemento de activo circulante».

³¹ Como es el caso del Plan General de Contabilidad aprobado por Decreto 530/1973, de 22 de febrero.

1. Se definió el grupo 2, titulado «inmovilizado», diciendo que «Comprende los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa...».
2. En lo que respecta al «circulante», definido negativamente como el activo que no cumple las condiciones para ser inmovilizado, su partida más característica era, como es natural, la de «existencias», la cual formaba el grupo 3, respecto al cual, si bien solamente se dispuso una enumeración del conjunto de las cuentas que en él se integraban, de las distintas definiciones de estas últimas se desprendía que las existencias eran aquellos elementos del activo destinados a la venta, con o sin transformación.

d) Normativa contable: Plan General de Contabilidad de 2007

El vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (BOE de 20 de noviembre), presenta como novedad que los activos se clasifican en no corrientes y corrientes, aunque, según se explica en el párrafo 7 del apartado 13 de la Introducción, esta ordenación es «similar a la distinción establecida en el Plan de 1990 entre Inmovilizado y Circulante».

Conviene destacar que, en su parte quinta, titulada «Definiciones y relaciones contables»:

1. Tras definir el grupo 2, titulado «activo no corriente», diciendo que «Comprende los activos destinados a servir de forma duradera en las actividades de las empresas, incluidas las inversiones financieras cuyo vencimiento, enajenación o realización se espera habrá de producirse en un plazo superior al año», se establece que forma parte del mismo el inmovilizado («inmovilizaciones»), ya intangible, ya material. El caso es que también incluye, de forma separada, las inversiones inmobiliarias:
 - (i) Centrándonos en las «inmovilizaciones materiales» (subgrupo 21), nos las define como los «Elementos del activo tangible representados por bienes, muebles o inmuebles, excepto los que deben ser clasificados en otros subgrupos, en particular en el subgrupo 22».
 - (ii) Pues bien, este subgrupo 22 se refiere a las «inversiones inmobiliarias», definidas como:

«Activos no corrientes que sean inmuebles y que se posean para obtener rentas, plusvalías o ambas, en lugar de para:

 - Su uso en la producción o suministro de bienes o servicios, o bien para fines administrativos; o
 - Su venta en el curso ordinario de las operaciones».
2. En lo que respecta al «activo corriente», su definición es negativa, de tal manera que serán activos no corrientes aquellos que no cumplieren las condiciones para ser activos corrientes. Su partida más significativa es la de «existencias», clasificada en el grupo 3, y definida

de esta forma: «Son activos poseídos para ser vendidos en el curso normal de la explotación, en proceso de producción o en forma de materiales o suministros para ser consumidos en el proceso de producción o en la prestación de servicios».

A nuestro modo de ver, desde un punto de vista material, no ha mediado ninguna novedad.

Las existencias continúan formando parte del activo circulante, ahora denominado activo corriente, el cual comprende los activos destinados a servir de forma no duradera en las actividades de las empresas, incluidas las inversiones financieras cuyo vencimiento, enajenación o realización se espera habrá de producirse en un plazo no superior al año.

Mientras el inmovilizado continúa siendo el activo destinado a servir de forma duradera en las actividades de las empresas, el nuevo Plan General Contable lo engloba dentro de una categoría superior denominada activo no corriente, desgajando del concepto de inmovilizado material las inversiones inmobiliarias. Pero, técnicamente, las inversiones inmobiliarias no dejan de ser una especie del género representado por el inmovilizado material ³².

e) Normativa contable: empresas inmobiliarias

La Orden de 28 de diciembre de 1994, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias (BOE de 4 de enero de 1995), se ocupa específicamente de las empresas del sector inmobiliario, distinguiendo entre empresas constructoras e inmobiliarias.

Partiendo de la «Introducción» de esta orden, se han dado las siguientes definiciones ³³:

Por empresas constructoras se entiende las que llevan a cabo una actividad encaminada a la realización de obras que han de dar como fruto estructuras nuevas ³⁴, mientras que por empresas inmobiliarias se entiende las que actúan sobre bienes inmuebles, transformándolos para mejorar sus

³² Tanto es así que según la norma de valoración 4.ª de la Parte segunda del Plan General de Contabilidad, «Los criterios contenidos en las normas anteriores, relativas al inmovilizado material, se aplicarán a las inversiones inmobiliarias».

³³ Vid. *Memento práctico Francis Lefebvre. Inmobiliario 2000-2001*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 1999, págs. 731 y 747.

³⁴ Como se explica en el *Memento...*, págs. 731 y 732, este proceso de creación puede dar lugar a diversas actividades complementarias o relacionadas con la actividad principal, desarrolladas por empresas distintas a la propia constructora, pero también sujetas a la misma normativa contable.

Las actividades desarrolladas por las empresas constructoras son:

1. Preparación de obras. Demolición y movimientos de tierras, perforaciones y sondeos.
2. Construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil. Construcción de edificios, puentes, túneles, autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas, centros deportivos y otras construcciones especializadas.
3. Instalaciones de edificios y obras. Instalaciones eléctricas, aislamiento térmico, acústico y antivibratorio, fontanería e instalación de climatización y otras instalaciones de edificios y obras.
4. Acabado de edificios y obras. Revocamientos, instalaciones de carpintería, revestimientos de suelos y paredes, acristalamiento y pintura y otros trabajos de acabados de edificios y obras.
5. Alquiler de equipos de construcción o demolición dotados de operarios.

características y capacidades físicas y ofrecerlos en el mercado para la satisfacción de las necesidades de alojamiento y sustentación de las distintas actividades de la sociedad ³⁵.

Entre las peculiaridades de las empresas inmobiliarias que han motivado la edición de una normativa contable de adaptación, destaca la circunstancia consistente en que las empresas inmobiliarias suelen tener terrenos tanto en existencias como en inmovilizado.

El dato de la permanencia sigue siendo útil, pero, desde luego se difumina cuando se trata de empresas inmobiliarias, pues del mismo modo que podemos encontrar terrenos que, a pesar de ser adquiridos como existencias, tienen una larga permanencia en la empresa (*v.gr.*: se adquiere un terreno para venderlo, pero no surge ningún comprador), también encontramos terrenos que, a pesar de ser adquiridos como inmovilizado, tienen una corta permanencia en la compañía, (*v.gr.*: se adquiere un terreno para alquilarlo pero se vende de inmediato al surgir la oportunidad de obtener con su transmisión una considerable plusvalía).

Ello comporta que se den unas singulares normas de contabilización tanto de las existencias como del inmovilizado, destacándose las referentes al traslado de elementos entre ambos grupos de activos:

- a) Traslado de elementos de inmovilizado material a existencias. Según la norma de valoración 3.^a a) de la orden que nos ocupa: «Los terrenos, solares y edificaciones, contabilizados en el inmovilizado, siempre que no hayan sido objeto de explotación, que la empresa decida destinar a la venta, se incorporarán a existencias a través de la cuenta 609...».
- b) Traslado de elementos de existencias a inmovilizado material. Según la norma de valoración 13.^a 5 c) de la misma orden: «Los terrenos, solares y edificaciones, en general, que la empresa decida destinar al arrendamiento o al uso propio, se incorporarán al inmovilizado a través del subgrupo 73...».

³⁵ Por contra, siguiendo nuevamente al *Memento...*, págs. 747 y 748, cabe advertir que no reciben la consideración de empresas inmobiliarias, aunque también actúen en este mercado, las siguientes: (i) Empresas de agencia o mediación inmobiliaria, que actúan de simples intermediarios en la compraventa o alquiler de inmuebles. (ii) Cooperativas sociales de viviendas, ya que las viviendas construidas se destinan a sus socios y no al mercado. (iii) Empresas constructoras, que realizan exclusivamente la construcción de los inmuebles.

A destacar que en este sector es frecuente la agrupación de medios financieros, técnicos y físicos para la realización de proyectos inmobiliarios (inmuebles residenciales o no residenciales) destinados a la venta, alquiler u otras forma de promoción por cuenta propia.

Las actividades desarrolladas por las empresas inmobiliarias son:

1. Actividades inmobiliarias por cuenta propia. Son las realizadas por las empresas cuya actividad exclusiva o principal consiste en la compra por cuenta propia de terrenos, inmuebles y partes de inmuebles, así como las realizadas por las empresas que ordenan la construcción, parcelación, urbanización, etc., de alojamientos con el fin de venderlos.
2. Alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia. Comprende las empresas cuya actividad exclusiva o principal consiste en el arrendamiento de viviendas y apartamentos, terrenos, inmuebles, locales industriales, de negocios, etc., propios. Más concretamente, las actividades desarrolladas por las empresas inmobiliarias, se pueden clasificar de la siguiente forma:
 1. Urbanización y parcelación de terrenos y solares y construcción de edificios e instalaciones de todo tipo, para uso residencial y no residencial tanto para su venta como para su alquiler.
 2. Rehabilitación de edificios ya construidos y transformación en su caso del destino de los mismos.
 3. Construcción y explotación de instalaciones inmobiliarias complejas (conjuntos turísticos, comerciales, recreativos, etc.).

4.2. Concepto de inmovilizado

En este punto resulta sumamente esclarecedora la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2005 (NFJ020948), de la cual se desprende lo siguiente:

- a) En el caso de las empresas inmobiliarias, la calificación de un inmueble como inmovilizado material o existencias exige analizar su «objeto social», de tal manera que si el objeto social de la empresa es la venta de terrenos, cabe entender que son existencias, mientras que si su objeto social es el arrendamiento, cabe entender que son inmovilizado material.
- b) Si este criterio no es determinante, cual ocurre cuando el objeto social de la empresa es tanto la venta como el arrendamiento de terrenos, es necesario atender a la realidad concreta y específica de los terrenos en el marco de la empresa de que se trate, siendo para ello relevante: (i) Su «contabilización» por la empresa y (ii) el «periodo de permanencia» de los bienes en el patrimonio social. Y así, sostiene que «No parece razonable que un bien que ha formado parte del patrimonio de la empresa durante casi 20 años pueda ser considerado como "existencias", cuando este tipo de elementos patrimoniales se anudan a la empresa en contemplación a cada ejercicio económico. La permanencia en el patrimonio empresarial por ese tiempo excluye la volatilidad de las "existencias" que se circunscribe al "ciclo empresarial" (normalmente coincidente con el económico)»³⁶.

A nuestro modo de ver, esta doctrina resulta plenamente aplicable a la vigente deducción, si bien cabe tener en cuenta que si un terreno no es objeto de uso ni de venta en el curso ordinario de las operaciones, tendría la calificación de «inversión inmobiliaria» en el nuevo Plan General Contable.

De lo anterior se desprende que dentro del inmovilizado material figuran los terrenos en los términos que siguen:

- a) Tratándose de empresas no inmobiliarias:
 - (i) En la medida en que no se dedican empresarialmente a la venta de inmuebles, lo normal será que los terrenos que adquieran no tengan la consideración de existencias. De ahí que, a nuestro modo de ver, concurre la presunción *hominis* de que son inmovilizado.
 - (ii) Lo más habitual será que los terrenos adquiridos sean para uso propio (activo funcional), en cuyo caso se deberán contabilizar sin lugar a dudas en el inmovilizado.
 - (iii) Si se adquieren como mera inversión, ya para arrendarlos o ya para su venta a largo plazo (fuera del curso ordinario de las operaciones), técnicamente son un activo fijo extrafuncional que en el nuevo Plan General Contable se contabilizan como inversiones inmobiliarias. En todo caso, es evidente que no serán existencias.

³⁶ En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de julio de 2008 (NFJ044262) sostiene que «La contabilización del bien como inmovilizado podrá resultar suficiente cuando la misma se mantiene durante un largo periodo de tiempo, cual ocurrió en el caso enjuiciado por la citada STS de 8 de febrero de 2005».

- (iv) Ahora bien, si se adquieren para destinarlos a la venta a corto plazo, se deberán contabilizar como existencias.
 - (v) El problema surge cuando un inmueble, pese a ser contabilizado inicialmente como inmovilizado (por pretender destinarlo a uso propio) o como inversión inmobiliaria (por pretender destinarlo ya al arrendamiento, ya a la venta a largo plazo), resulta que se vende a corto plazo. A nuestro modo de ver, aquí es donde más papel tiene la presunción *hominis* a favor del inmovilizado, de tal manera que, a no ser que se demuestre que la intención real era la adquisición del inmueble para su venta en el curso ordinario de las operaciones, se deberá considerar que el inmueble era un inmovilizado.
- b) Tratándose de empresas inmobiliarias:
- (i) En la medida en que se dediquen ordinariamente a la venta y al alquiler de inmuebles, tan normal será que los terrenos adquiridos se destinen a la venta o al arrendamiento dentro del curso ordinario de las operaciones, como que se destinen a usos propios e, incluso, a meras inversiones para su venta fuera del curso ordinario de las operaciones. De ahí que, a nuestro modo de ver, ni puede concurrir la presunción de que son inmovilizados, ni la presunción de que son existencias.
 - (ii) Por tanto, deberemos de estar a cada caso en concreto partiendo de los criterios que se deducen de las normas de adaptación de las empresas inmobiliarias al Plan General Contable que, a nuestro juicio, pueden esquematizarse como sigue.
 - (iii) Lo relevante para la adscripción de un terreno a existencias o a inmovilizado es el destino y uso que se le dé, apareciendo aquí la importancia presuntiva que tiene la voluntad del empresario ratificada por la adscripción contable del bien.
 - (iv) El destino viene determinado por la voluntad del empresario, de tal manera que, «en principio», el terreno se inscribirá como existencias si se adquiere (contabilizándose así) para su venta en el curso ordinario de la explotación (lo cual, no lo olvidemos, forma parte de la actividad ordinaria de la empresa), mientras que se inscribirá como inmovilizado si se adquiere (contabilizándose así) como mera inversión o para su explotación, ya como uso propio, ya para arrendarlo (lo cual enlaza con la vinculación de estos elementos a la empresa de una manera permanente).
 - (v) Decimos «en principio», porque una vez adquirido el terreno puede haber un cambio en el destino inicial.
 - (vi) Y así, es posible que un terreno adquirido para su venta a corto plazo (contabilizándolo, por ende, como existencias) acabe explotándose, destinándolo al arrendamiento o al uso propio, en cuyo caso el terreno pasará de ser existencias a ser inmovilizado material. En cambio si se decide no vender el terreno para mantenerlo como una mera inversión, no se podrá pasar a inmovilizado, sino que deberá continuar como existencias. De tal manera que, respecto a los inmuebles contabilizados como existencias, se da una presunción *legis* a favor de su consideración como existencias que únicamente se destruye si se acredita que se han destinado al arrendamiento o al uso propio.

- (vii) Paralelamente, es posible que un terreno adquirido como inversión inmobiliaria, esto es, que no fue inicialmente destinado a la venta a corto plazo, ni al uso propio ni al arrendamiento (contabilizándose, por ende, como inmovilizado) acabe por destinarse a la venta, en cuyo caso el terreno pasará de inmovilizado a existencias. En cambio, si el terreno fue adquirido para su explotación, destinándose para uso propio o siendo objeto de arrendamiento (contabilizándolo, por ende, como inmovilizado), por más que acabe por destinarse a la venta, no se podrá pasar a existencias, sino que deberá continuar como inmovilizado. De tal manera que, respecto a los inmuebles contabilizados como inmovilizados, se da una presunción *legis* a favor de su consideración como inmovilizado que únicamente se destruye si se acredita que se han enajenado sin haberse destinado previamente al uso propio o al arrendamiento.

4.3. Concepto de inversiones inmobiliarias

Tal y como hemos explicado, las inversiones inmobiliarias participan del concepto teórico de inmovilizado, pero, de acuerdo con el nuevo Plan General Contable, se singularizan, pudiéndose definir como los terrenos y construcciones adquiridos por las empresas no inmobiliarias para obtener fundamentalmente una rentabilidad o plusvalía más allá del ciclo normal de explotación, esto es, para obtener una renta derivada de su arrendamiento o una plusvalía con su venta a largo plazo.

Precisando más esta definición, creemos puede confeccionarse el siguiente esquema:

- (i) Si se trata de un inmueble adquirido para destinarlo al arrendamiento por una empresa inmobiliaria cuyo objeto social es, precisamente, el arrendamiento inmobiliario, tendremos que el inmueble formará parte de su activo inmovilizado material, según es definido en el vigente Plan General Contable.
- (ii) Si se trata de un inmueble adquirido para destinarlo al arrendamiento por una empresa (inmobiliaria o no) cuyo objeto social no es el arrendamiento inmobiliario³⁷, tendremos que el inmueble, a pesar de ser técnicamente un inmovilizado material, se deberá clasificar según el nuevo Plan General Contable como inversión inmobiliaria.
- (iii) Si se trata de un inmueble adquirido para destinarlo a la venta por una empresa inmobiliaria cuyo objeto social es, precisamente, la venta de inmuebles, tendremos que el inmueble formará parte de su activo circulante como existencias, según es definido por el vigente Plan General Contable.
- (iv) Si se trata de un inmueble adquirido para destinarlo a la venta por una empresa (inmobiliaria o no) cuyo objeto social no es la venta de inmuebles³⁸, tendremos que el inmueble

³⁷ Las empresas inmobiliarias pueden dedicarse empresarialmente tanto a la venta como al alquiler de inmuebles, pero ello no impide que se dediquen únicamente a la venta de inmuebles, sin tener como objeto empresarial su arrendamiento.

³⁸ Sabemos que las empresas inmobiliarias pueden dedicarse empresarialmente tanto a la venta como al alquiler de inmuebles, pero ello no impide que se dediquen únicamente al arrendamiento de inmuebles, sin tener como objeto empresarial su venta.

formará parte de su activo circulante como existencias si se pretende que la venta sea a corto plazo, mientras que si se persigue que la venta sea a largo plazo, a pesar de ser técnicamente un inmovilizado material, se deberá clasificar según el nuevo Plan General Contable como inversión inmobiliaria.

- (v) Si se trata de un inmueble adquirido para destinarlo a usos propios, tendremos que el inmueble siempre deberá calificarse como inmovilizado material, según es definido en el vigente Plan General Contable, sea cual sea el objeto de la explotación económica de la empresa.

5. ASPECTO FUNCIONAL

5.1. Normativa

a) *Normativa reguladora del IS*

De los antecedentes históricos analizados, resulta que el aspecto funcional del beneficio fiscal relacionado con la reinversión no siempre ha requerido que se tratara de activos afectos a la explotación y que hubieran estado en funcionamiento. Y así:

- (i) Del artículo 15.8 de la LIS de 1978 y del artículo 147 del RIS de 1982, se deducía que la exención por reinversión requería en general que los elementos materiales del activo fijo, incluidos los terrenos, habían de formar parte del activo fijo funcional (esto es, bienes que sirven al objeto de la explotación económica), pues se requería que sobre ellos se desarrollara total o parcialmente la actividad de la empresa, que estuvieran afectos y fueran necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad y, además, que no se hallaran cedidos a terceros para su uso. Lógicamente, el requisito de la no cesión de los terrenos para uso de terceros no se exigía cuando se trataba de empresas exclusiva o fundamentalmente dedicadas al arrendamiento de fincas urbanas, pues para ellas estos terrenos arrendados estaban afectados a su actividad y eran necesarios para el ejercicio de la misma, razón por la que también formaban parte de su activo fijo funcional. Como excepción encontramos un caso en que el beneficio fiscal era susceptible de aplicarse a terrenos integrantes del activo fijo extrafuncional (esto es, que no sirven al objeto de la explotación económica); concretamente, nos referimos a los terrenos con construcciones urbanas que hubieran estado arrendados durante más de dos años en los tres años anteriores a su venta.
- (ii) Del artículo 21 de la LIS de 1995 se deducía que el diferimiento impositivo por reinversión no requería para ninguna actividad que se tratase de elementos patrimoniales sobre los que se desarrollara total o parcialmente la actividad o que estuvieran afectos y fueran necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad, como tampoco se exigía que no se hallaran cedidos a terceros para su uso. Bastaba su titularidad. Ello propició que no se estableciera ninguna regla especial para los terrenos arrendados. De ahí que el beneficio fiscal alcanzara tanto al activo fijo funcional como al activo fijo extrafuncional.

- (iii) Del artículo 36 ter de la LIS de 1995 introducido por la Ley 24/2001, se desprendía que la deducción por reinversión no requería para ninguna actividad que se tratase de elementos patrimoniales sobre los que se desarrollara total o parcialmente la actividad o que estuvieran afectos y fueran necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad, como tampoco se exigía que no se hallaran cedidos a terceros para su uso. Bastaba su titularidad. Ello propició que no se estableciera ninguna regla especial para los terrenos arrendados. De ahí que el beneficio fiscal alcanzara tanto al activo fijo funcional como al activo fijo extrafuncional.
- (iv) Del artículo 42 del TRLIS de 2004 en la redacción que le dio la Ley 35/2006, se infería que la deducción por reinversión requería que los activos pertenecientes al inmovilizado material o inmaterial estuviesen afectos a actividades económicas, esto es, que se tratara del activo fijo funcional.
- (v) Del artículo 42 del TRLIS de 2004 en la vigente redacción que le ha dado la Ley 16/2007, se desprende que la deducción por reinversión requiere que los activos pertenecientes al inmovilizado material o inmaterial y las inversiones inmobiliarias estén afectos a actividades económicas y que hayan estado en funcionamiento.

De este modo, la vigente normativa nos plantea la necesidad de concretar los conceptos de afectación y de funcionamiento.

5.2. Conceptos de afectación y de funcionamiento

Partiendo del artículo 29.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE de 29 de noviembre), cabe deducir que el aspecto esencial de la afectación radica en la necesidad del elemento patrimonial para la obtención de rendimientos, considerándose en todo caso afectos los inmuebles donde se desarrolla la actividad del contribuyente así como los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad³⁹.

Como explica MENÉNDEZ GARCÍA⁴⁰, «La mejor doctrina entiende que no cabe equiparar aquí el carácter "necesario" de estos bienes con su carácter "imprescindible" o "inevitable"»⁴¹, de tal

³⁹ El citado artículo 29 de la Ley del IRPF de 2006 establece:

«1. Se considerarán elementos patrimoniales afectos a una actividad económica:

- a) Los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente.
 - b) Los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad. No se considerarán afectos los bienes de esparcimiento y recreo o, en general, de uso particular del titular de la actividad.
 - c) Cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos. En ningún caso tendrán esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros.
2. ...».

⁴⁰ G. MENÉNDEZ GARCÍA, en la obra colectiva *Los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre la Renta de los No Residentes*, Ed. Lex Nova-PricewaterhouseCoopers, Valladolid, 2008, pág. 263.

⁴¹ Pues, de acuerdo con E. CENCERRADO MILLÁN, *La tributación del patrimonio empresarial y profesional de las personas físicas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 33 y 34, equiparar bien necesario con bien imprescindible o inevitable

manera que, según MARTÍN QUERALT⁴², para considerar afecto un elemento patrimonial resultará suficiente que reúna las dos condiciones siguientes: que sea idóneo para obtener los rendimientos de la actividad económica y que se destine a esta actividad.

Por este motivo, el primer autor citado sostiene que «con carácter general no se considerarán afectos, entre otros, los elementos que el nuevo Plan General Contable identifica como "inversiones inmobiliarias" (subgrupo 22), definidos en la quinta parte del Plan como "Activos no corrientes que sean inmuebles y que se posean para obtener rentas, plusvalías o ambas, en lugar de para: /– Su uso en la producción o suministro de bienes o servicio, o bien para fines administrativos; o/– Su venta en el curso ordinario de las operaciones", salvo que se trate de bienes alquilados en los términos previstos por el artículo 27.2 de la LIRPF», precepto este que indica las circunstancias necesarias para que el alquiler de inmuebles se entienda realizado en el ejercicio de una actividad empresarial con relación al IRPF.

Y es que en este punto resulta de extrema trascendencia un dato que, por su obviedad, no podemos desconocer: un bien tan solo podrá estar afecto a una actividad económica si sirve, precisamente, a la actividad económica, de donde se advierte que el concepto de actividad económica es el eje sobre el que pivota la afectación de bienes.

Centrándonos en la regulación del IS, advertimos que tradicionalmente se ha contemplado un régimen especial para entidades parcialmente exentas, en el sentido de que la exención tan solo alcanza a los rendimientos que pudieran obtenerse fuera del ejercicio de actividades económicas, y, para ello, la ley ha plasmado el concepto de rendimiento de una explotación económica. Así lo hicieron el artículo 5.2 f) de la LIS de 1978 y el artículo 134.2 de la LIS de 1995, y así lo continúa haciendo el artículo 121.3 del vigente TRLIS de 2004, cuyo redactado es el siguiente: «Se considerarán rendimientos de una explotación económica todos aquellos que procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

De acuerdo con Maria Teresa DIVÍ⁴³, «Esta definición de actividad económica establecida en la regulación del régimen de las entidades parcialmente exentas del IS, aun cuando en el resto de la normativa actual del impuesto no contemple semejante concepto, lo cierto es que no encontramos argumento alguno para interpretar que no se sobreentiende implícitamente recogido tal y como se deduce de la regulación que verifica la LIS en el supuesto de dichas entidades parcialmen-

supondrá una limitación de las posibilidades de afectación de bienes «incompatible con la debida libertad que debe gozar el empresario o profesional para ordenar los medios de producción». En parejo sentido, *vid.* R.M. GALAPERO FLORES, *IRPF: tributación de los bienes afectos*, Ed. Edersa, Madrid, 2002, pág. 65.

⁴² J. MARTÍN QUERALT, «Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Residentes) (I)», en la obra colectiva *Manual de Derecho Tributario*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 127 y 128. En el mismo sentido, *vid.* F. GARCÍA BERRO, «El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (II)», en la obra colectiva *Curso de Derecho Tributario*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, pág. 176.

⁴³ Cfr. M.T. DIVÍ I TORNS, *El concepto de empresario en el Impuesto sobre Actividades Económicas*, tesis doctoral inédita, Barcelona, 1999, págs. 219 a 222.

te exentas, donde se contempla expresamente la referida definición conceptual de actividad económica, al igual que en el IRPF y, como también se establece en el IAE [Impuesto sobre Actividades Económicas]»⁴⁴.

Si ello es así, siguiendo con la misma autora, también se deberá convenir que una actividad económica únicamente se podrá reputar como tal si se ejerce de forma habitual, de manera que, tal y como se ha sostenido por buena parte de la doctrina, un hecho aislado o esporádico no podrá considerarse como actividad económica.

Ahora bien, según la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2005 (NFJ025193) cabe precisar que «afección no supone lo mismo que utilización». Y así, con referencia a la exención por reinversión regulada en el artículo 15.8 de la LIS de 1978 y el RIS de 1982, donde reclamaba que los elementos materiales del activo fijo fueran «necesarios» para la realización de sus actividades empresariales, señaló que «Cuando la ley establece que los activos fijos deben ser necesarios para la realización de la actividad empresarial de la empresa, en ningún caso está exigiendo que dicha necesidad deba concretarse en una utilización efectiva. Por el contrario, lo que dicha norma viene a requerir es que los citados activos puedan ser naturalmente aptos para la realización de dicha actividad, y que no se posean con una intención meramente especulativa, de forma que el hecho de que no se realice momentáneamente la actividad empresarial sobre los mismos no significa que dichos activos no estén dirigidos a la realización de la actividad empresarial». De ahí que la Sala considerase cumplimentado el requisito de la afectación en el caso de un terreno que estaba destinado a instalación de gasolinera, habiéndose obtenido las oportunas autorizaciones administrativas e inscritas en el Registro correspondiente, pero que por razones sobrevenidas (el proyecto perdió atractivo comercial al construir el ayuntamiento un Palacio de Congresos anejo al terreno que «escondía» la estación de servicio), la empresa decidió no instalar la gasolinera y vender el terreno⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. artículo 27.1 de la Ley 35/2006, del IRPF (BOE de 29 de noviembre) y artículo 79.1 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (BOE de 9 de marzo), donde se contempla parejo precepto al del transcrito artículo 121.3 del vigente TRLIS de 2004.

⁴⁵ En parejo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de julio de 2008 (NFJ044262). Esta sentencia, en relación con el diferimiento impositivo por reinversión regulado en el artículo 21 de la LIS de 1995, enjuició el caso extremo de una inmobiliaria que el 10 de febrero de 1997 adquirió un inmueble para construir un edificio destinado a la construcción de un hotel pero que acto seguido, el 21 de marzo de 1997, lo vendió. Sostiene la sentencia que «La indiscutida inexistencia de cualquier actividad sobre el bien (en forma de arrendamiento, etc.) es irrelevante para la calificación del mismo como inmovilizado o como existencias, no compartiendo la Sala, como ya se ha dicho, que la normativa contable propia de las empresas inmobiliarias añade un nuevo requisito para el goce de los beneficios fiscales, consistente en que el elemento del inmovilizado haya sido objeto de utilización o explotación, ni menos que la venta de un inmovilizado suponga su conversión automática en existencias. Según las actuaciones, las actividades llevadas a cabo sobre el bien consistieron en obras de rehabilitación del edificio, que se encontraba en mal estado, resultando en todo caso improcedente en tales circunstancias exigir para el beneficio fiscal un rendimiento previo». A juicio del Tribunal, la causa de que no procediese la aplicación del beneficio fiscal por reinversión estribaba en que el contribuyente no aportó ninguna prueba, directa o indiciaria, de que el inmueble fuera adquirido para la construcción de un hotel, cosa que resultaba preceptiva cuando la adquisición y venta del inmueble se produjo en tan escaso lapso temporal, concretamente se dice «La inmediata enajenación del bien, e incluso el compromiso de venta más inmediato, no supone tampoco privar del carácter problemático a la interpretación. Como ha quedado destacado el plazo de permanencia del bien no resulta determinante, sino solo indicativo, de la consideración del mismo como inmovilizado o como existencias. Lo decisivo es el destino o función del bien, que aquí ha quedado en la duda e incertidumbre, ante las contradicciones entre la contabilización, la actividad principal de la empresa y la inmediatez de su enajenación, lo que obliga a confirmar la liquidación y anular la sanción.»

A nuestro modo de ver, esta doctrina también resulta aplicable a la vigente deducción. Ciertamente, ha de tenerse en cuenta que ahora se exige que el bien haya estado «en funcionamiento al menos "un año" dentro de los tres anteriores» a su transmisión, pero, una vez cumplido este requisito, no impide la aplicación del beneficio fiscal la circunstancia que el bien «no se haya utilizado durante "dos años" dentro de los tres anteriores» a la transmisión.

Hecha esta precisión, tendente a poner en evidencia que los conceptos de «afectación» y de «funcionamiento» no son sinónimos, puede concluirse que un bien tan solo se podrá considerar afecto a una actividad económica cuando forme parte de los medios materiales que, junto a los medios personales o humanos, un sujeto determinado los ordene por cuenta propia con la finalidad de intervenir habitualmente en la producción o distribución de bienes o servicios.

En este sentido ya se pronunciaba el artículo 12.2 del RIS de 1982, cuando establecía: «Asimismo se entenderán elementos afectos a una explotación económica los bienes cuyo uso o disfrute se ceda de modo habitual, siempre que su gestión requiera una organización empresarial propia o a través de terceros».

Se observa que este precepto hacía hincapié en la necesidad de que la actividad empresarial de alquiler no escape de los requisitos típicos de la habitualidad y ordenación por cuenta propia de los factores de producción, de tal manera que tan solo se ejercerá la actividad de alquiler en régimen empresarial cuando se disponga de una empresa caracterizada por la ordenación habitual por cuenta propia del capital y del trabajo con la finalidad de intervenir en el mercado proporcionando inmuebles en régimen de alquiler. Pero es en extremo complicado saber cuándo en la práctica concurren estos requisitos en la actividad de alquiler, pues, siendo el alquiler inmobiliario una operación de tracto sucesivo, que se suele prolongar en el tiempo, resulta difícil concretar cuándo esta operación se reduce a ser un acto esporádico de administración patrimonial de los inmuebles y cuándo se incluye dentro de una actividad económica.

Por tal motivo, no resulta de extrañar que la Dirección General de Tributos fuera incapaz de establecer un criterio concreto, limitándose en relación con el IRPF a considerar como rendimientos empresariales de estas actividades cuando alcanzaran una cierta importancia, lo cual implicaba que la afectación de los inmuebles destinados al alquiler dependía de algo tan relativo como la importancia que tuvieran las rentas derivadas de los mismos ⁴⁶.

De ahí que el legislador tributario haya dictado normas para superar esta dificultad. Y así, las normativas del IRPF y del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) contemplan criterios específicos tendentes a clarificar las hipótesis en que el arrendador tendrá la consideración de empresario ⁴⁷, y

⁴⁶ Vid. I. PÉREZ ROYO, *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 105; J.I. GOROSPE OVIEDO, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, Ed. Colex, Madrid, 1993, pág. 351.

⁴⁷ (i) IVA: concretamente, el arrendador de bienes inmuebles siempre y en todo caso se considera empresario a efectos del IVA. Ahora bien, ello no significa que siempre sea contribuyente. De hecho, tan solo será contribuyente cuando se trate de arrendamientos no exentos (como, por ejemplo, acontece en los locales comerciales); caso contrario, caso de que el arrendamiento esté exento del IVA (como, por ejemplo, acontece en las viviendas) se tributará por Impuesto sobre Trans-

la normativa del IAE contempla una amplísima exención a los efectos de gravar tan solo a los grandes arrendadores (respecto a los cuales, es difícil discutir que no ejercen la actividad en régimen empresarial), mientras que se evita el gravamen para los pequeños arrendadores con independencia de que se consideren empresarios o no, pues si son empresarios estarán exentos y si no lo son ni tan siquiera estarán sujetos ⁴⁸.

Esto explica que en el beneficio fiscal que nos ocupa el legislador también haya dictado normas para intentar clarificar su aplicación en los inmuebles alquilados por sociedades.

Históricamente, el requisito de la afectación en el referido beneficio fiscal se ha exigido en la exención por reinversión regulada en el artículo 15.8 de la LIS de 1978 y en el artículo 147 del RIS de 1982. Centrándonos en los terrenos arrendados, se venía a decir que, como regla general, no entraban dentro del ámbito objetivo del beneficio fiscal. Esta regla se fundaba en la idea de que si los terrenos se cedían no eran necesarios para la actividad económica y, por ende, no podían considerarse afectos a la misma.

Sin embargo, aquí se planteaba con toda su crudeza el problema de lo que acontecía con las sociedades cuya actividad económica era la inmobiliaria. Cuestión que fue resuelta con base en un criterio formal y otro material: (i) Por el criterio formal, los terrenos entraban dentro del ámbito objetivo de la exención si la sociedad se dedicaba exclusivamente al arrendamiento inmobiliario. (ii) Por el criterio material, los terrenos entraban dentro del ámbito objetivo de la exención si la sociedad transmitente tenía en explotación en régimen de alquiler en el último día del ejercicio precedente una superficie inmobiliaria superior a la que hubiera enajenado en dicho ejercicio y en el anterior. Se

misiones Patrimoniales (ITP), siendo contribuyente el arrendatario [cfr. arts. 4, 5.1 c), 7.1 c) y 20.1 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE de 29 de diciembre)]. En realidad, en este último caso creemos que se trata de una exención técnica que hace las veces de no sujeción delimitando el campo de aplicación del IVA y del ITP, de tal modo que el arrendamiento, más que exento, está no sujeto al IVA, lo que, por un lado, determina su sujeción al ITP, y, por otro lado, impide considerar al arrendador como contribuyente del IVA.

(ii) IRPF: la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF exigió la concurrencia de dos requisitos objetivos para calificar la actividad de empresarial que, en lo sustancial, se recogen en el artículo 27.2 de la vigente Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF (BOE de 29 de noviembre), de tal manera que el arrendamiento, esté o no exento de IVA, siempre será susceptible de producir una renta sujeta al IRPF, lo cual, per se, ya es capaz de determinar la condición de contribuyente del arrendador por este impuesto. Ahora bien, el arrendador tan solo tendrá la condición de empresario cuando para el ejercicio de la actividad se sirva de un local de gestión y de un empleado contratado laboralmente. A nuestro modo de ver, el legislador del IRPF configura estos elementos como mínimos de la empresariedad, en el sentido de que si no concurren el arrendador no tendrá la consideración de empresario y, por ende, las rentas que obtenga tampoco serán rendimientos derivados de actividad empresarial, sino rendimientos del capital, lo cual implica que los inmuebles arrendados tampoco podrán tener la consideración de afectos a una actividad económica, tratándose, simplemente, de inmuebles sobre los que el titular hace un uso particular del patrimonio propio. Teóricamente es posible que aun cuando contando con estos elementos (local y empleado) la actividad arrendadora no se ejerza de forma empresarial; sin embargo, en la práctica ello es muy difícil siquiera de imaginar.

⁴⁸ En relación con el IAE, el legislador no nos da ningún criterio específico para determinar la consideración del arrendador como empresario. De ahí que debamos estar al criterio general consistente en que, el arrendador, esté o no exento del IVA y se considere o no empresario a efectos del IRPF, estará sujeto al IAE siempre que se demuestre la existencia de una empresa caracterizada por la ordenación habitual por cuenta propia del capital y del trabajo con la finalidad de intervenir en el mercado proporcionando inmuebles en régimen de alquiler (cfr. art. 78 del TRLRHL de 2004). Ahora bien, para paliar las dudas que este criterio puede generar, se ha arbitrado una amplia exención que tiene como finalidad sujetar tan solo a gravamen los grandes arrendadores de inmuebles [cfr. grupo 86 de las Tarifas y Regla 5.ª 2.B.f).2 de la Instrucción del IAE, aprobadas por el RDLeg. 1175/1990, de 28 de septiembre (BOE de 29 de septiembre)].

trataba de un supuesto donde la actividad de alquiler era cuantitativamente importante, lo cual era un indicio objetivo de que la sociedad se dedicaba de forma empresarial al alquiler.

Finalmente, se añadió un criterio temporal para ampliar el ámbito objetivo de la exención, de tal manera que los terrenos entraban dentro del mismo cuando se transmitieran juntamente con la finca urbana, siempre que dicha finca hubiera estado arrendada durante más de dos años en los tres años anteriores a la venta. Se trataba de un supuesto en que no existía ningún indicio de actividad empresarial arrendadora, pero aún así el legislador consideró que el arrendamiento durante este plazo de tiempo era suficiente para poder tener derecho a la exención.

El problema de la afectación de los terrenos arrendados desapareció con la LIS de 1995, pues la afectación no se exigió ni en el diferimiento impositivo regulado por el artículo 21 de la LIS de 1995, ni en la deducción por reinversión regulada por el artículo 36 ter de la LIS de 1995 introducido por la Ley 24/2001. Aquí bastaba la mera titularidad del bien.

Ahora bien, dicho problema volvió a reaparecer en la deducción por reinversión regulada por el artículo 42 del TRLIS de 2004 en la redacción que le dio la Ley 35/2006, pues aquí se volvió a exigir el requisito de la afectación no dándose para los terrenos arrendados ningún criterio delimitador, lo cual implicaba que se debería estar a cada caso en particular para concretar si el terreno se destinaba de forma empresarial a la actividad arrendadora (en cuya hipótesis el terreno arrendado estaría afecto a la actividad económica y, por ende, su transmisión sería susceptible de gozar del beneficio fiscal) o, por el contrario, el terreno se destinaba al arrendamiento de forma no empresarial (en cuya hipótesis el terreno arrendado no estaría afecto a la actividad económica y, por ende, su transmisión no sería susceptible de gozar del beneficio fiscal).

Pero para evitar que una afectación puramente nominal pudiera generar el derecho a la deducción, el legislador exigió, junto a la afectación, un segundo requisito de carácter funcional, consistente en que el bien debería haber estado en funcionamiento al menos un año antes de la transmisión.

Este mismo esquema se reproduce en la nueva redacción que al artículo 42 del TRLIS de 2004 le ha dado la Ley 16/2007, pero presenta la novedad consistente en que, partiendo del nuevo Plan General Contable, introduce a las inversiones inmobiliarias dentro del ámbito objetivo de la deducción. En efecto, de dicho artículo se desprende que la deducción por reinversión alcanza tanto a los activos pertenecientes al inmovilizado material o inmaterial como a las inversiones inmobiliarias que estén afectos a actividades económicas y que hayan estado en funcionamiento durante un determinado plazo.

Como sabemos, las «inversiones inmobiliarias» difícilmente se pueden considerar afectas a la actividad económica, de donde se deduce que respecto al presente requisito del beneficio fiscal, lo relevante para las mismas no es la afectación, sino la circunstancia que haya estado en funcionamiento, esto es, que hayan estado generando rentas para la empresa, lo cual, tratándose de inversiones inmobiliarias, implica que, ordinariamente, estaremos ante terrenos alquilados (pues de otra forma difícilmente pueden generar rentas) por empresas que no se dedican de forma empresarial al arrendamiento de inmue-

bles (pues caso de dedicarse empresarialmente al arrendamiento inmobiliario, no estaríamos ante inversiones inmobiliarias, sino ante activos materiales afectos a la explotación económica).

En suma, entendemos que el aspecto funcional de la deducción por reinversión tiene dos niveles:

- (i) Respecto al inmovilizado material o inmaterial, reclama una afectación reforzada por la circunstancia de que haya estado en funcionamiento durante un determinado plazo (al menos un año dentro de los tres anteriores a la transmisión).
- (ii) Respecto a las inversiones inmobiliarias, al no poder tener la consideración de bienes afectados, reclama simplemente que hayan estado en funcionamiento durante dicho plazo.

En relación con los terrenos arrendados, este criterio comporta que si han estado alquilados durante tal plazo podrán gozar de la deducción, pues si se trata de terrenos arrendados por empresas dedicadas al arrendamiento formarán parte de su inmovilizado, y si se trate de terrenos arrendados por empresas no dedicadas al arrendamiento, formarán parte de sus inversiones inmobiliarias.

6. ASPECTO TEMPORAL

6.1. Normativa

De los antecedentes históricos analizados, resulta que el aspecto temporal del beneficio fiscal relacionado con la reinversión no siempre se ha requerido. Y así:

- (i) De los artículos 15.8 de la LIS de 1978 y 147 del RIS de 1982, se deducía que para la exención bastaba que los activos fueran «utilizables» por un tiempo superior al periodo impositivo. Adviértase que no se requería su utilización efectiva, sino la posibilidad de su utilización durante un año, cosa que, desde un punto de vista material, siempre se daba en los terrenos. Como excepción, cabe tener presente que cuando se tratase de terrenos integrantes del activo fijo extrafuncional, se requería que la finca constituida por el terreno transmitido juntamente con la finca urbana construida sobre él hubiera estado arrendada durante más de dos años en los tres años anteriores a su venta.
- (ii) Del artículo 21 de la LIS de 1995 se deducía que el diferimiento impositivo por reinversión exigía respecto a los valores representativos del capital social o en fondos propios de entidades que se hubiesen poseído, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión, pero cuando se trataba de elementos del inmovilizado (cual es el caso de los terrenos), no se exigía ningún plazo de posesión.
- (iii) Del artículo 36 ter de la LIS de 1995 introducido por la Ley 24/2001, se desprendía que la deducción por reinversión requería que tanto los valores representativos del capital social

- o en fondos propios de entidades, como los elementos del inmovilizado se hubieran poseído, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión.
- (iv) Del artículo 42 del TRLIS de 2004 en la redacción que le dio la Ley 35/2006, se infería que la deducción por reinversión exigía que los valores representativos del capital social o en fondos propios de entidades hubieran sido poseídos, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión, mientras que con los elementos pertenecientes al inmovilizado se exigía que hubieran estado en funcionamiento, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión. Dado que la norma no lo especificaba, entendemos que el año de funcionamiento podía ser otro anterior al de la transmisión. De aceptarse este criterio, deberíamos convenir en que el requisito se reducía a que debía de tratarse de elementos que formasen parte del activo fijo funcional por estar afectos a la explotación económica a la fecha de la transmisión, pero que en esta fecha podían no estar en funcionamiento, bastando que lo hubieran estado en un año precedente.
 - (v) Del artículo 42 del TRLIS de 2004 en la vigente redacción que le ha dado la Ley 16/2007, se desprende que la deducción por reinversión exige que los valores representativos del capital social o en fondos propios de entidades hayan sido poseídos, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión, mientras que con los elementos pertenecientes al inmovilizado se exige que hayan estado en funcionamiento, al menos, durante un año dentro de los tres anteriores a la transmisión.

6.2. Cómputo del plazo

Se observa que la vigente normativa se inspira en el requisito temporal que el artículo 147.2 c) del RIS de 1982 reclamaba para las fincas constituidas por el terreno transmitido juntamente con la finca urbana construidas sobre él. En concreto, se exigía que estas fincas hubieran estado arrendadas durante más de dos años en los tres años anteriores a su venta.

Decimos esto porque el actual artículo 42 del TRLIS de 2004 también requiere que los activos hayan estado en funcionamiento durante un tiempo mínimo dentro de un plazo concreto anterior a la transmisión. Concretamente, se exige que hayan estado en funcionamiento al menos un año dentro de los tres anteriores a su transmisión.

Ello significa que:

- (i) El bien puede no estar en funcionamiento a la fecha de la transmisión, siendo suficiente con que lo haya estado durante el año anterior o durante el anterior del anterior.
- (ii) Es más, como la norma no lo exige, ni tan siquiera es necesario que el año de funcionamiento haya de ser continuado, bastando que el número de días en que ha estado en esa situación, sume un año dentro de los tres anteriores a la transmisión.

7. LA CULPABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Hemos empezado el trabajo advirtiendo que, aplicándose el beneficio fiscal que nos ocupa a los activos calificados de inmovilizado, presenta como principal dificultad deslindarlos de los activos calificados de existencias, sobre todo cuando se trata de terrenos de las sociedades inmobiliarias.

La jurisprudencia ha venido sosteniendo que, al ser un beneficio fiscal, incumbe al contribuyente acreditar la concurrencia de los requisitos que lo legitiman y, por ende, es al contribuyente sobre el que pesa la carga de probar que se trata de un inmovilizado y no de existencias. Ahora bien, la misma jurisprudencia ha sostenido que aun cuando no lo consiga, y, por ende, se determine que no tiene derecho al beneficio fiscal, ello no significa que necesariamente se den los presupuestos para sancionarlo, pues la dificultad a la hora de delimitar el inmovilizado de las existencias impide como regla general apreciar la concurrencia de la culpabilidad.

Y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2005 (NFJ020948)⁴⁹, tras advertir la dificultad de adscribir los inmuebles de las empresas inmobiliarias a su activo fijo o a su activo circulante, pone de manifiesto que incluso la misma doctrina administrativa no es proclive a la imposición de sanciones en este marco. Concretamente, dice en su fundamento jurídico 6.º: «Con respecto a la naturaleza de los inmuebles es patente que las normas legales aplicables no nos permiten resolver la cuestión planteada de modo indiscutible. Por eso el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Cataluña afirma: «... siempre ha sido motivo de discusión –incluso doctrinal– si los activos de las empresas inmobiliarias son integrantes del fijo o del circulante –de ahí la calificación de los expedientes de rectificación sin sanción–...»⁵⁰.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de julio de 2008 (NFJ044262), nos dice que «Más concretamente, y dentro de los numerosos y complejos presupuestos del beneficio fiscal, la cuestión aquí litigiosa se ciñe al cumplimiento del requisito de que los bienes objeto de la transmisión onerosa sean "elementos patrimoniales del inmovilizado", cuyo cumplimiento se sostiene en la demanda, mientras que para la inspección los bienes transmitidos en el supuesto enjuiciado han de calificarse como "existencias"...» (FD 5.º). Tras exponer los criterios jurídicos con base en los cuales se ha de proceder a discriminar entre ambos tipos de bienes, la sentencia advierte que «A la vista de las consideraciones generales efectuadas hasta aquí, se comprenderá el evidente carácter problemático que presenta la determinación de la naturaleza de los inmuebles pertenecientes a empresas inmobiliarias» (FD 6.º), concluyendo categóricamente en que «La calificación de un inmueble como inmovilizado o como existencias en una empresa inmobiliaria de objeto social mixto es problemática sea cual sea su tamaño». De ahí que se advierta que «En el caso enjuiciado, las resoluciones impugnadas del TEAR admiten que la diferenciación entre inmovilizado y existencia es una cuestión compleja y que ha dado lugar a diferentes interpretaciones y pronunciamientos judiciales, que han conllevado, en numerosas ocasiones, a calificar los expedientes como de rectificación sin sanción» (FD 10.º).

⁴⁹ De la que se hacen eco las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de julio de 2008 (*JUR* 2008/31579) y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de septiembre de 2008 (NFJ033303).

⁵⁰ En este sentido, el fundamento de derecho 2.º de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de enero de 2007 (NFJ025663), ha reconocido que «Tratándose de empresas que realizan actividad inmobiliaria, resulta en ocasiones difícil la adscripción de los inmuebles que componen su patrimonio a una u otra categoría de activos...».

8. CONCLUSIONES

1. Partiendo de las teorías económicas proclives a **fomentar la inversión empresarial**, tradicionalmente la normativa del IS ha contemplado un beneficio tendente a minorar la carga fiscal de los incrementos o ganancias patrimoniales que, derivando de la transmisión de activos fijos, se destinaran a la reinversión, esto es, a la adquisición de otros activos fijos.
2. Uno de los principales problemas que ha planteado esta normativa es el de concretar los activos que dan derecho al beneficio fiscal, pues no siempre es fácil determinar cuándo estamos ante un activo fijo (inmovilizado) o un activo circulante (existencias), máxime cuando se trata de terrenos de **empresas inmobiliarias** que tienen por objeto empresarial la venta de inmuebles y/o su alquiler.
3. Prescindiendo de antecedentes más remotos, se ha venido contemplado alguna suerte de beneficio por reinversión desde el artículo 15.8 de la LIS de 1978 hasta el vigente artículo 42 del TRLIS de 2004 en la redacción que le ha dado la Ley 16/2007, donde se regula la **deducción por reinversión** y cuyos aspectos más relevantes de su elemento objetivo pasaremos acto seguido a esquematizar en relación con los terrenos de las empresas inmobiliarias.
4. Por lo que respecta al **aspecto material** de la deducción, se centra en los elementos patrimoniales del inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias, o de valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, con exclusión de las operaciones de disolución o liquidación de esas entidades. En este marco, los terrenos son susceptibles de incluirse tanto dentro del inmovilizado material como de las inversiones inmobiliarias.
5. Los terrenos adquiridos por una empresa inmobiliaria se deberán clasificar como **inversión inmobiliaria**: (i) Si se destinan al arrendamiento por una empresa cuyo objeto social no es el arrendamiento inmobiliario, sino la venta de inmuebles; o, (ii) si se destinan a la venta a largo plazo por una empresa inmobiliaria cuyo objeto social no es la venta de terrenos, sino su arrendamiento.
6. Los terrenos adquiridos por una empresa inmobiliaria se deberán clasificar como **inmovilizado material**: (i) Si se destinan al arrendamiento por una empresa cuyo objeto social es el arrendamiento inmobiliario; o, (ii) si se destinan al uso propio de la empresa, ya se trate de una empresa inmobiliaria cuyo objeto social sea el arrendamiento inmobiliario, ya se trate de una compañía inmobiliaria cuyo objeto social sea la venta de inmuebles.
7. En ambos casos entendemos se da una **presunción legis** a favor de su consideración como activo fijo (ya como inversión inmobiliaria, ya como inmovilizado material) y, por ende, de que se incluyen dentro del aspecto material de la deducción, salvo que se pruebe su enajenación sin haberse destinado previamente al uso propio o al arrendamiento, pues de acreditarse esta circunstancia tendrán la consideración de existencias y, por ende, estarán fuera del aspecto material de la deducción.

8. Por lo que respecta al **aspecto funcional** de la deducción, se centra en que los activos pertenecientes al inmovilizado material o inmaterial y las inversiones inmobiliarias han de estar afectos a actividades económicas y han debido de estar en funcionamiento.
9. Un bien tan solo se podrá considerar afecto a una actividad económica cuando forme parte de los medios materiales que, junto a los personales o humanos, un sujeto determinado ordene por cuenta propia con la finalidad de intervenir habitualmente en la producción o distribución de bienes o servicios. Ahora bien, los conceptos de «**afectación**» y de «**funcionamiento**» no son sinónimos, pues la afectación simplemente implica que se trate de bienes naturalmente aptos para la realización de la actividad económica, lo cual, en la normalidad de los casos, se traducirá en su utilización dentro de la actividad económica, pero, caben supuestos de bienes afectos no llegados a utilizar, tal y como por ejemplo acontece cuando se adquiere un bien para destinarlo a la empresa pero circunstancias sobrevenidas justifican que se decida enajenarlo antes de su utilización.
10. Consciente el legislador de esta diferencia, y a los efectos de evitar que una afectación puramente nominal pudiera generar el derecho a la deducción, se reclama tanto la afectación como el funcionamiento del bien. El problema radica en que las inversiones inmobiliarias difícilmente se pueden considerar afectas a la actividad económica, de donde se deduce que respecto al presente requisito del beneficio fiscal, lo relevante para las mismas no es la afectación, sino la circunstancia de que hayan estado en funcionamiento. En suma, entendemos que **el aspecto funcional de la deducción por reinversión tiene dos niveles**: (i) Respecto al inmovilizado material o inmaterial, reclama una afectación reforzada por la circunstancia de que haya estado en funcionamiento durante un determinado plazo (al menos un año dentro de los tres anteriores a la transmisión). (ii) Respecto a las inversiones inmobiliarias, al no poder tener la consideración de bienes afectados, reclama simplemente que hayan estado en funcionamiento durante dicho plazo. Con relación a los terrenos arrendados, este criterio comporta que si han estado arrendados durante tal plazo podrán gozar de la deducción, pues si se trata de terrenos arrendados por empresas dedicadas al arrendamiento formarán parte de su inmovilizado y si se trata de terrenos arrendados por empresas no dedicadas al arrendamiento formarán parte de sus inversiones inmobiliarias.
11. Por lo que respecta al **aspecto temporal** de la deducción, se centra en que los valores representativos del capital social o en fondos propios de entidades hayan sido poseídos, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión, mientras que con los elementos pertenecientes al inmovilizado se exige que hayan estado en funcionamiento, al menos, durante un año dentro de los tres anteriores a la transmisión. Ello significa que: (i) El terreno puede no estar en funcionamiento a la fecha de la transmisión, siendo suficiente con que lo haya estado durante el año anterior o el inmediato precedente. (ii) Es más, como la norma no lo exige, ni siquiera es necesario que el año de funcionamiento haya de ser continuado, bastando con que el número de días que ha estado en esta situación sume un año dentro de los tres anteriores a la transmisión.
12. Por lo que respecta al **procedimiento sancionador**, la jurisprudencia sostiene que, al ser un beneficio fiscal, incumbe al contribuyente acreditar la concurrencia de los requisitos que

lo legitiman y, por ende, es a este al que corresponde probar que se trata de un inmovilizado y no de existencias. Ahora bien, la misma jurisprudencia ha sostenido que aun cuando no lo consiga y, por ende, se determine que no tiene derecho al beneficio fiscal, ello no significa que necesariamente se den los presupuestos para sancionarlo, pues la dificultad a la hora de delimitar el inmovilizado de las existencias impide como regla general apreciar la concurrencia de la culpabilidad.