

## MODIFICACIONES DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN 2007

**EDUARDO SANZ GADEA**

*Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas*

### **Extracto:**

**E**L año 2007 ha traído importantes modificaciones al Impuesto sobre Sociedades. La más señera ha sido la adaptación del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades a la reforma contable, acometida por la Ley 16/2007, de 4 de julio. También son significativas la nueva regulación de la deducción por reinversión y el nuevo incentivo fiscal para la cesión del uso de patentes y asimilados.

En el presente artículo el autor se centra en examinar, básicamente, la deducción por reinversión, tal y como la misma ha quedado regulada en el artículo 42 del TRLIS según redacción de la Ley 16/2007, dando también cuenta sucinta del nuevo incentivo fiscal relativo a los ingresos correspondientes a ciertos activos intangibles, ya que las modificaciones introducidas en el TRLIS, a causa de la reforma contable, fueron comentadas por este mismo autor en el número 295 de esta Revista.

**Palabras clave:** Impuesto sobre Sociedades, deducción por reinversión, cesión del uso de patentes y asimilados.

# Sumario

1. Introducción.
2. La deducción por reinversión.
  - 2.1. Deducción de la cuota íntegra.
  - 2.2. Elementos patrimoniales cualificados.
  - 2.3. Reinversión.
  - 2.4. Base de la deducción.
  - 2.5. Requisitos formales.
  - 2.6. Aplicación en el tiempo de la deducción por reinversión.
3. Reducción de ingresos procedentes de determinados activos intangibles.
  - 3.1. Rasgos básicos del incentivo fiscal.
  - 3.2. Requisitos del incentivo fiscal.
  - 3.3. Ingresos afectados por la reducción.
  - 3.4. Ingresos procedentes del extranjero.
  - 3.5. Régimen de consolidación fiscal.
  - 3.6. Declaración previa de compatibilidad con el ordenamiento comunitario.
4. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN <sup>1</sup>

El año 2007 pasará a la historia del Impuesto sobre Sociedades a causa de la reforma contable acometida por la Ley 16/2007 y el Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, lo que motivó la modificación, contenida en la disposición adicional octava de la Ley 16/2007, de un buen número de artículos del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS). Dicha modificación fue comentada en el número 295 de esta Revista.

Las modificaciones del TRLIS durante 2007 no se han limitado a lo exigido por la reforma contable. En efecto, también se ha introducido un nuevo incentivo fiscal consistente en una reducción de ingresos procedentes de determinados activos intangibles, y, lo que es más importante, se ha dado nueva redacción al artículo 42 del TRLIS, concerniente a la deducción por reinversión, cuando, se recordará, la Ley 35/2006, a su vez, formuló una nueva redacción. Dos nuevas redacciones en tan corto período de tiempo denotan las tensiones que se tejen en torno a este incentivo fiscal <sup>2</sup>.

La Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, contiene varias normas portadoras de incentivos fiscales.

Así, el artículo 21 establece ciertas normas cuya finalidad es propiciar «... un mejor aprovechamiento de los incentivos fiscales previstos en la normativa tributaria...», y, para tan noble empeño, dice que a las agrupaciones de interés económico constituidas en relación con el sector de la cinematografía le «... resultará de aplicación el régimen fiscal establecido en los artículos 48 y 49 del citado texto refundido...», y que a las entidades de capital-riesgo «... les resultará de aplicación el régimen fiscal previsto en el artículo 55 del citado texto refundido...». Aparentemente ambos mandatos son vacuos, pues no conceden derecho ni ventaja alguna adicional respecto de lo ya existente.

<sup>1</sup> Ángel SERRANO GUTIÉRREZ ha tenido la amabilidad de leer el texto y sus observaciones han sido de gran utilidad. Los errores son de la exclusiva responsabilidad del autor.

<sup>2</sup> CALVO VERGEZ, J. «La aplicación de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios en el Impuesto sobre Sociedades: idas y venidas». *Quincena Fiscal* 20/2007. El autor realiza un profundo análisis de las tres regulaciones que ha tenido la deducción por reinversión; a saber, la originaria de la Ley 24/2001, la contenida en la Ley 35/2006, y, finalmente, la establecida en la Ley 16/2007.

A su vez, la disposición final segunda de la Ley 55/2007 da nueva redacción a los preceptos del TRLIS concernientes a la derogación calendada de incentivos fiscales en favor del cine.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 no trae otra novedad que la puesta al día de la actualización de la tabla de coeficientes de corrección monetaria (art. 68) y la regulación del pago fraccionado (art. 69), de acuerdo con los criterios tradicionales.

Se trata, por tanto, de dos normas que registran una notable estabilidad en el tiempo. Tal vez por ello apenas se les presta atención, y nosotros aquí tampoco lo vamos a hacer, lo cual no obsta para recordar que la causa de la estabilidad de la regulación de la corrección monetaria está enraizada en el sólido fundamento que supone no gravar las rentas puramente nominales derivadas de la depreciación del signo monetario.

Las denominadas actualizaciones de balances, en cuanto expresión típica, y formalmente recogida en una cuenta contable, de la renta puramente nominal, no visitan el campo tributario desde 1996, y nunca desde entonces han estado en la agenda de la política fiscal, a lo cual probablemente también haya contribuido el propio artículo 15.9 a) del TRLIS, lo que es una aportación no despreciable a la simplificación del sistema de imposición sobre los beneficios.

En el presente artículo se examina, básicamente, la deducción por reinversión, tal y como la misma ha quedado regulada en el artículo 42 del TRLIS según redacción de la Ley 16/2007. También se da cuenta sucinta del nuevo incentivo fiscal relativo a los ingresos correspondientes a ciertos activos intangibles.

## 2. LA DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN

El artículo 42 del TRLIS está dividido en doce apartados, que seguidamente se comentan. Además, ha de hacerse referencia a la aplicación de la norma en el tiempo, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria vigésimo quinta del TRLIS.

### 2.1. Deducción de la cuota íntegra.

El apartado 1 del artículo 42 describe los elementos básicos del incentivo fiscal:

- Deducción de la cuota íntegra, del 12 por 100, con carácter general, sobre el importe de determinadas rentas positivas.
- Las rentas positivas han debido obtenerse como consecuencia de una transmisión a título oneroso de determinados elementos patrimoniales.
- Las rentas positivas han debido integrarse en la base imponible.

- Reinversión del importe obtenido en la transmisión onerosa en la adquisición de determinados elementos patrimoniales.

### *2.1.1. Deducción de la cuota íntegra.*

Los porcentajes de deducción están calculados para que el tipo efectivo de tributación sea del 18 por 100, esto es, el tipo de gravamen de la base del ahorro en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). A excepción de esta coincidencia, el régimen de las ganancias de capital en el Impuesto sobre Sociedades es totalmente diferente del previsto en el IRPF. En efecto, en el IS la deducción por reinversión está asociada a la realización de actividades económicas, en tanto que tal característica es totalmente ajena al régimen de las ganancias de capital en el IRPF.

En este sentido, la deducción por reinversión está plagada de requisitos que, en su mayor parte, tratan de asegurar la mencionada asociación, en tanto que en el IRPF no se establece requisito alguno, probablemente porque en este impuesto la tributación a un tipo de gravamen especial y sensiblemente reducido no se considera determinante de un incentivo fiscal.

Consecuentemente, respecto de las personas físicas que desarrollen actividades económicas, no es aplicable la deducción por reinversión (art. 68.2 Ley 35/2006). Las ganancias de capital, y las pérdidas, obtenidas por las mismas no forman parte de los rendimientos de actividades económicas (art. 28.2 Ley 35/2006), sino que se integran en la base imponible del ahorro.

### *2.1.2. Aplicación de la deducción.*

La deducción ha de aplicarse sobre la cuota íntegra, resultando así una cuota líquida en el sentido del artículo 56 de la Ley General Tributaria.

El orden que en el proceso de liquidación ocupa la deducción por reinversión está establecido en el artículo 44 del TRLIS. Así, la deducción por reinversión se aplicará una vez practicadas las deducciones para evitar la doble imposición y las bonificaciones.

A diferencia de las restantes deducciones de la cuota íntegra previstas en el Capítulo IV del Título VI del TRLIS, la deducción por reinversión no está sujeta al límite conjunto previsto en el artículo 44.1 del TRLIS. Tampoco es tomada en consideración para calcularlo.

La deducción por reinversión es un incentivo fiscal que el obligado tributario puede aplicar al formular su autoliquidación y disfrutar bajo el cumplimiento de determinados requisitos. Esto sucede con la totalidad de los incentivos fiscales, los cuales se suelen configurar a modo de posibilidades que la norma tributaria ofrece a los obligados tributarios y también sucede con ciertos elementos del impuesto como pueden ser la compensación de bases imponibles negativas, entre otros.

Esta forma de presentarse la deducción por reinversión en relación con la determinación de la deuda tributaria podría dar lugar a interpretar que la misma constituye una opción en el sentido del artículo 119.3 de la Ley General Tributaria.

Sin embargo, lo cierto es que el artículo 42 del TRLIS no supedita la aplicación de la deducción por reinversión a una opción que el obligado tributario deba ejercitar al tiempo de formular su declaración, de manera tal que la referida interpretación solo podría mantenerse con base en un concepto muy amplio de las opciones del artículo 119.3 de la Ley General Tributaria, así como de su relación con la autoliquidación.

Desafortunadamente, el artículo 119.3 de la Ley General Tributaria no concreta lo que debe entenderse por opción a ejercitar con la presentación de una declaración, y así se ha perdido la oportunidad de clarificar una cuestión que estaba necesitada de ello, pues no son infrecuentes los casos en los que el obligado tributario solicita en el curso del procedimiento de inspección tributaria la aplicación de la deducción por reinversión para neutralizar los efectos de una propuesta de regularización.

### *2.1.3. Transmisión a título oneroso.*

La renta positiva ha de derivar de una transmisión a título oneroso. Por tanto, la totalidad de los contratos con causa onerosa son válidos, a estos efectos. La compraventa, la permuta, el contrato de sociedad y cualesquiera otros con la referida causa. Por el contrario no lo será la donación, pero tampoco los actos jurídicos que determinan la adquisición de elementos patrimoniales por un título adquisitivo originario, como la usucapión, entre otros. La doctrina administrativa se ha referido a algunos supuestos especiales, como pueden ser la expropiación o la indemnización por incendio, admitiendo que pueden subsumirse bajo el concepto de transmisión onerosa.

No obstante, tratándose de instrumentos de patrimonio, quedan excluidas de la deducción por reinversión las rentas positivas que se deriven de «... operaciones de disolución o liquidación...», de acuerdo con lo previsto en la letra b) del apartado 2 del artículo 42.

Obsérvese que la norma menciona la liquidación y la disolución, de manera tal que la exclusión se predica respecto de la liquidación derivada de una disolución, pero también de la disolución sin liquidación, como acontece en el caso de la fusión o de la escisión. En consecuencia, las rentas positivas derivadas del canje de instrumentos de patrimonio realizado como consecuencia de las mencionadas operaciones no darán derecho a la deducción por reinversión. Tal vez la explicación deba encontrarse en que estas operaciones generalmente se realizan al amparo del régimen especial del Capítulo VIII del Título VII, en el cual la renta positiva no se integra en la base imponible.

La relación que pueda tener el obligado tributario con la persona o entidad adquirente es irrelevante. Así, es indiferente que la entidad adquirente pertenezca al mismo grupo mercantil que el obligado tributario, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de la tributación en el régimen de los grupos fiscales.

También es indiferente el lugar de residencia del adquirente.

Lo relevante es que la transmisión sea a título oneroso y determine una renta positiva a integrar en la base imponible.

#### *2.1.4. Integración de la renta positiva en la base imponible.*

La transmisión onerosa ha de determinar una renta y esta integrarse en la base imponible. Por tanto, aquellas transmisiones de las que no se deriva una renta no fundamentan la deducción por reinversión, ni tampoco las que determinan una renta que no ha de integrarse en la base imponible.

Generalmente los contratos traslativos de la propiedad determinarán una renta contable y fiscal, pero no en todo caso será así. Las normas contables no permiten la baja de un activo y, por tanto, la aparición de renta, cuando no se transfieren los riesgos y ventajas de la propiedad, como es el caso, entre otros, de las operaciones con pacto de retrocesión. En estos casos, excepto si una norma fiscal determinase lo contrario, no habrá renta positiva y, por tanto, tampoco será procedente la deducción por reinversión. Por el contrario, sí procederá la deducción por reinversión cuando, a pesar de no existir renta contable, sí exista renta a efectos del impuesto, como puede ser el caso de las permutas no comerciales.

La renta positiva ha de integrarse en la base imponible. En consecuencia, no procede la deducción por reinversión cuando la renta derivada de la transmisión onerosa no se integra en la base imponible, aun cuando forme parte del resultado contable. Así sucede en el caso de plusvalías de fuente extranjera amparadas en la exención del artículo 21 del TRLIS y también en el de las obtenidas en una transmisión amparada en el régimen especial de las fusiones y operaciones asimiladas del Capítulo VII del Título VII, o cuando el precio se percibe aplazadamente, de manera tal que la deducción, en los dos últimos casos, deberá practicarse cuando, finalmente, la renta positiva diferida se integre en la base imponible.

## **2.2. Elementos patrimoniales cualificados.**

Los apartados 2 y 4 describen los elementos patrimoniales que confieren, a causa de la renta obtenida en su transmisión, el derecho a la deducción por reinversión. El primero lo hace en forma positiva y el segundo negativa.

El apartado 2 distingue dos grupos de elementos mencionados, respectivamente, en sus letras a) y b).

#### *2.2.1. Elementos del activo fijo o no corriente afectos a actividades económicas.*

Se examina en primer lugar la cuestión de la clasificación contable y posteriormente la relativa a la afectación a la realización de actividades económicas.

### 2.2.1.1. Elementos pertenecientes al activo fijo o no corriente.

La letra a) se refiere a los elementos patrimoniales «... que hayan pertenecido al inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas...».

Los términos que utiliza la norma se corresponden con las rúbricas de segundo grado del modelo de balance establecido en el Plan General de Contabilidad, las cuales, a su vez, hallan su fundamento en las normas que sobre clasificación de elementos patrimoniales establece el artículo 35 del Código de Comercio. En concreto, tanto el inmovilizado como las inversiones inmobiliarias, se integran en la clasificación, más general, de activo fijo o no corriente.

El artículo 35.1 del Código de Comercio establece que la adscripción de los elementos patrimoniales al activo fijo o no corriente o al circulante o corriente «... se realizará en función de su afectación...» y, a continuación, establece dos criterios para acotar la pertenencia al circulante: la perspectiva de vender, consumir o realizar en el transcurso del ciclo normal de explotación; y, adicionalmente, la perspectiva de vencimiento, enajenación o realización, dentro del plazo de un año a la fecha de cierre del balance. Los restantes elementos pertenecen al activo fijo o no corriente. Se pone, por lo tanto, el énfasis en la definición del circulante o corriente. Lo propio hace el Plan General de Contabilidad, el cual profundiza en la definición de circulante, pero no añade nada nuevo respecto del activo no corriente (norma 6.<sup>a</sup> relativa a la elaboración de las cuentas anuales).

Como se ha dicho, el Código de Comercio establece dos criterios para clasificar los elementos patrimoniales como pertenecientes al circulante, los cuales deben ser aplicados de manera armónica. Así, el criterio que podríamos denominar principal es el que pivota sobre el ciclo normal de explotación, de manera tal que un elemento patrimonial pertenecerá al activo no corriente aun cuando se espere vender o consumir en un plazo superior al año con tal que se halle vinculado al ciclo normal de explotación. Así pues, lo relevante es el vínculo del elemento con el ciclo normal de explotación. Ahora bien, tal vinculación, aun cuando la norma contable no lo explicita, deriva de la afectación funcional del elemento patrimonial. En efecto, es la función que va a cumplir en el proceso productivo lo que determinará su adscripción al activo fijo o al circulante. Por el contrario, su naturaleza no será decisiva, y así un mismo elemento patrimonial podrá integrarse en el activo corriente o en el no corriente según cuál sea su función en la empresa. El ejemplo típico son los solares, que pueden ser un activo clasificable en el circulante o corriente (empresas inmobiliarias, en cuanto materia prima), pero también un activo clasificable en el fijo no corriente (empresas no inmobiliarias). En consecuencia, el hecho de que la transmisión de un elemento patrimonial previsiblemente rebese el plazo de un año contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio no determina su inmediata clasificación como perteneciente al activo no corriente, sino que deberá ser clasificado como circulante o no corriente si reúne la característica de afectación al ciclo normal de explotación.

Sin embargo, aquellos elementos patrimoniales cuya enajenación se espera se produzca dentro del plazo máximo de un año contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio han de clasificarse como pertenecientes al activo circulante o no corriente aun cuando no estuvieren vinculados al ciclo normal de explotación. En esta categoría se encuentran los elementos patrimoniales que, no perteneciendo al circulante o no corriente por razón de su vinculación al ciclo normal de explotación, están

llamados a ser transmitidos dentro del plazo del año. Por regla general se tratará de elementos cuya clasificación inicial fue la de pertenecientes al activo no corriente, pero que, sea por causas económicas o técnicas, está prevista su próxima transmisión. La rúbrica del circulante en la que, por lo general, deberán incluirse estos elementos patrimoniales será la de «Activos no corrientes mantenidos para la venta».

Son las reglas y criterios precedentes los que deben ser aplicados para establecer si un determinado elemento patrimonial pertenece al inmovilizado, material o intangible, o a las inversiones inmobiliarias, y, por lo tanto, abrir paso al derecho a la deducción por reinversión.

De manera inmediata se advierten algunas dificultades o posibles confusiones que son convenientes disipar. Así, podría entenderse que todo elemento patrimonial cuyo plazo de transmisión se prevea superior a un año contado a partir de la fecha de cierre del balance abre el paso a la deducción por reinversión. Y, también, con significación opuesta, que todo elemento patrimonial clasificado como no corriente mantenido para la venta lo cierra.

Ambas interpretaciones son incorrectas. La primera porque los elementos que se espera vender o consumir en el curso normal de la explotación no pertenecen al activo fijo o no corriente y, consecuentemente, al inmovilizado, y la segunda porque la norma fiscal se refiere a los elementos que «... hayan pertenecido al inmovilizado...», esto es, a los que inicialmente pertenecieron al inmovilizado aun cuando en el momento de su transmisión ya no lo hagan por cuanto estando prevista su transmisión deban clasificarse como no corrientes mantenidos para la venta en el activo circulante o corriente, en aplicación de la norma 7.<sup>a</sup> de valoración.

Por tanto, la clasificación de un elemento patrimonial, que inicialmente perteneció al inmovilizado o a las inversiones inmobiliarias, como no corriente mantenido para la venta, es irrelevante respecto de la deducción por reinversión.

Una vez que un elemento patrimonial se clasifica como perteneciente al activo fijo o no corriente, su ingreso en alguna de las seis rúbricas de segundo grado previstas en el modelo de balance del Plan General de Contabilidad deriva estrictamente de su naturaleza, tratándose del inmovilizado, o de una mezcla de naturaleza y funcionalidad, tratándose de las inversiones inmobiliarias.

Pertenecen al inmovilizado intangible los activos «... no monetarios sin apariencia física susceptibles de valoración económica...» (subgrupo 20, Inmovilizaciones intangibles), al inmovilizado material los activos «... tangibles representados por bienes, muebles o inmuebles, excepto los que deben estar clasificados en otros subgrupos...» (subgrupo 21, Inmovilizaciones materiales) y, finalmente, a las inversiones inmobiliarias, los activos «... que sean inmuebles y que se posean para obtener rentas, plusvalías o ambas...» (subgrupo 22, Inversiones inmobiliarias).

Son los elementos patrimoniales que están, o estuvieron, encuadrados en dichos subgrupos los que dan derecho a la deducción por reinversión. Quedan, por tanto, excluidos, además de los pertenecientes al activo circulante o corriente, con la salvedad mencionada relativa a los activos no corrientes mantenidos para la venta, los integrados en los subgrupos de «Inversiones financieras a largo

plazo» y «Activos por impuesto diferido», si bien estos últimos no determinan la obtención de plusvalías, en tanto que los integrados en el subgrupo de «Inversiones en empresas del grupo y asociadas» son objeto de especial consideración en la letra b) del apartado 2 del artículo 42 del TRLIS.

De esta manera, por razón de su naturaleza o función, quedan fuera de la deducción por reinversión los elementos del activo fijo o no corriente incluidos en el subgrupo de «Inversiones financieras a largo plazo».

En este aspecto, la nueva redacción del artículo 42 del TRLIS es deudor de la primitiva, y esta, a su vez, de la contenida en el antiguo artículo 21 de la Ley 43/1995, concerniente al diferimiento por reinversión.

La discriminación contra unos determinados activos financieros parece evidente. Sin embargo, conviene posponer este análisis al concerniente al requisito de afectación de los elementos patrimoniales a la realización de actividades económicas.

#### 2.2.1.2. Afectación a actividades económicas.

La norma exige que en los elementos transmitidos concorra la característica de estar «... afectos a la realización de actividades económicas que hubiesen estado en funcionamiento al menos un año dentro de los tres años anteriores a la transmisión...». Por tanto, no todos los elementos pertenecientes al inmovilizado material o intangible o a las inversiones inmobiliarias dan lugar a la deducción por reinversión, sino solo aquellos que se hallen afectos a la realización de actividades económicas durante el tiempo legalmente establecido.

El TRLIS no define el concepto de actividad económica, ni tan siquiera lo describe, tal vez porque la concepción original de la Ley 43/1995, fuertemente apegada a criterios de neutralidad, descansaba sobre un concepto sintético de renta, de manera tal que el origen de la misma era irrelevante, excepto en el caso excepcional de la transparencia fiscal internacional. Y así, el diferimiento por reinversión, del antiguo artículo 21 de la Ley 43/1995, en modo alguno hacía referencia a la realización de actividades económicas.

Para colmar el vacío parece que lo pertinente es acudir, en calidad de normas supletorias, a lo previsto en los artículos 27 y 29 de la Ley 35/2006. El primero describe la actividad económica a modo de organización u «... ordenación por cuenta propia de 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...», y el segundo establece criterios de afectación, basados, en lo esencial, en que «... los elementos patrimoniales sean necesarios para la obtención de los rendimientos respectivos...».

En consecuencia, la organización de factores productivos para la producción determina la existencia de una actividad económica y la relación causal del elemento patrimonial con los ingresos derivados de la actividad económica determina la afectación.

La experiencia demuestra que los conflictos se han planteado en relación con los solares y los inmuebles. Y la intuición avisa de que la nueva rúbrica contable «Inversiones inmobiliarias» no va a contribuir a diluirlos, sino todo lo contrario.

La mención de las inversiones inmobiliarias en la norma fiscal permite afirmar que las mismas son aptas para la deducción por reinversión, pero, claro está, a condición de que se hallen afectas a la realización de actividades económicas. Ahora bien, la descripción que el Plan General de Contabilidad efectúa de las inversiones inmobiliarias, en particular la nota positiva de ser poseídas para «... obtener plusvalías...» y la negativa de no ser utilizadas «... en la producción o suministro de bienes o servicios...» parecen dar a entender que los elementos patrimoniales clasificados bajo tal rúbrica de segundo grado no están afectos actividades económicas. Y de aquí la posible agudización del conflicto.

Así, si la inclusión de las inversiones inmobiliarias en el texto de la norma fiscal permite abrigar la idea de la extensión del incentivo fiscal en relación con su ámbito precedente, la descripción contable del referido concepto puede incubar la contraria. Ambas ideas casan mal con el criterio de continuidad que ha inspirado la reforma fiscal derivada de la reforma mercantil.

Así, y con base en tal continuidad, lo pertinente es entender, de una parte, que los elementos patrimoniales clasificados como inversiones inmobiliarias pueden disfrutar de la exención por reinversión y, de otra, que la afectación a actividades económicas ha de calificarse a tenor de las normas fiscales relativas a la descripción de actividades económicas y a la afectación a las mismas de elementos patrimoniales, señaladamente las contenidas en la Ley 35/2006, sin que, a estos efectos, las descripciones contables sean relevantes.

Bajo los criterios precedentes seguidamente se examinan algunos supuestos relevantes, tales como los inmuebles cedidos en arrendamiento, los edificios y solares sobre los que anteriormente se desarrolló una explotación comercial o industrial, los solares inicialmente ajenos a la explotación, y, en fin, los solares urbanizados.

Los inmuebles cedidos en arrendamiento se integran en las inversiones inmobiliarias. De dicha clasificación contable no se sigue que tales inmuebles no estén afectos a actividades económicas. Podrán estarlo si para realizar la explotación se cuenta con una organización, presumiéndose que así es cuando concurren las circunstancias de local exclusivo y persona contratada a jornada completa, en los términos previstos en el artículo 27.2 de la Ley 35/2006.

Los edificios y solares anteriormente aplicados al ejercicio de una explotación industrial o comercial se integran en los activos no corrientes mantenidos para la venta, procedentes del inmovilizado material. Ninguna duda cabe respecto de la afectación pretérita de estos elementos a la realización de actividades económicas.

Los solares inicialmente ajenos a la explotación se integran en las inversiones inmobiliarias, pues, en efecto, se poseen para obtener plusvalías. Por regla general no podrán entenderse afectos a actividades económicas, pues de dicha posesión no derivan bienes o servicios para el mercado sino

la pura especulación. Innecesario es decir que la afectación de los mismos a actividades económicas puramente marginales o meramente simbólicas, tales como ser soporte de medios publicitarios o servir a necesidades subsidiarias de la empresa, como, por ejemplo, el aparcamiento de vehículos de los empleados, no puede modificar la regla general.

Por último, los solares urbanizables presentan variadas circunstancias. Los que se adquieren para ser objeto de un proceso de urbanización no pertenecen al inmovilizado, sino que ya inicialmente tienen la condición de existencias. Los que inicialmente estuvieron aplicados a la realización de la explotación comercial, industrial o de servicios, generalmente dando soporte a construcciones e instalaciones técnicas, ven modificada su condición, pues pasan del inmovilizado material a las existencias. La aplicación inicial podrá determinar la aptitud del elemento en relación con el disfrute de la deducción por reinversión con tal de que, como seguidamente se expone, se cumplan los tiempos y plazos de afectación a la realización de actividades económicas.

La afectación a la actividad económica ha debido producirse al menos durante un año dentro de los tres años anteriores a la transmisión. Para delimitar debidamente el plazo de tiempo mencionado es preciso determinar las fechas de inicio de la afectación, en su caso, desafectación, y transmisión.

Por lo que se refiere a la transmisión habrá de estarse a las normas jurídico-privadas. En particular a la fecha en la que se produce el título traslativo. No obstante, si por las condiciones de la transmisión la misma no determina la baja contable del elemento patrimonial, como quiera que en tal caso no se produce la renta, la transmisión será fiscalmente irrelevante. En tal caso, puede acontecer que, sobre la base de dicha transmisión y la posterior concurrencia de ciertos actos o circunstancias, se verifiquen los supuestos determinantes de la baja contable, en cuyo caso la fecha en la que se produzcan los mismos es la que deberá de ser tomada en consideración ya que en ella la transmisión ha producido efectos determinantes de renta.

En cuanto a la fecha de afectación parece que debe ser la de puesta en condiciones de funcionamiento, tratándose del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias, pues es en tal momento cuando cesa la formación del precio de adquisición de acuerdo con lo previsto en la norma 2.ª de valoración del Plan General de Contabilidad y, de acuerdo con el artículo 1.4 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, comienza el proceso de amortización, en tanto que en el caso del inmovilizado intangible, por la misma razón, habrá de tomarse el momento en el que se concreten las condiciones para producir ingresos.

Finalmente, por lo que se refiere a la fecha de desafectación, parece que es aquella en la que el elemento patrimonial se retira del proceso de producción de bienes o servicios. Respecto de la afectación generalmente existirá algún documento relativo a la adquisición o permiso administrativo de funcionamiento, pero esto no será así, por lo común, respecto de la desafectación.

No obstante, la clasificación de un elemento patrimonial como activo no corriente mantenido para la venta parece que denota la existencia de la desafectación, si bien de ahí no se deriva la prueba inversa, esto es, que el elemento patrimonial no sufre desafectación mientras no se realice la citada clasificación, pues no todo elemento patrimonial desafectado ha de recibir tal clasificación contable.

El juego conjunto del plazo de los tres años retrospectivos desde la fecha de transmisión y del año en funcionamiento permite describir algunos supuestos de inclusión y exclusión:

- Afectación durante largos años, desafectación y transcurso de más de tres años hasta la fecha de transmisión. Este puede ser el caso de fábricas y almacenes que, inicialmente en zonas industriales, han quedado ubicados en zonas de viviendas, pero que debido al complejo proceso de elaboración de planes de urbanización o por su propia dimensión no encuentran una salida en el mercado fácil.
- Afectación inicial a la actividad económica durante largos años, incluso dentro del período de los tres años, pero sin completar dentro del mismo el año. Este también puede ser el caso precedente.
- No afectación inicial a la actividad económica durante largos años y afectación en el año previo a la transmisión. Este puede ser el caso de un solar sobre el que se edifica una construcción, por ejemplo para almacén o edificio administrativo, y tras el transcurso del año se transmite.

Los dos primeros casos no disfrutarán de la deducción por reinversión y el tercero sí, cuando, por decirlo de alguna manera, la proporción de tiempo de afectación a la actividad económica respecto del tiempo total de posesión del activo puede ser más elevada en los dos primeros.

Si es fácil espigar los casos supuestamente deficientes, no lo es tanto construir la norma de manera tal que los evite, cuando se tiene la restricción de soportar y justificar, la deducción por reinversión en la afectación a la realización de actividades económicas, y todo ello para llegar a una tributación efectiva del 18 por 100 que en el IRPF se concede de plano a las plusvalías más rabirosamente especulativas.

No es difícil pronosticar que todo ello podría contribuir a configurar el origen de una fuente de conflictos.

### 2.2.2. Instrumentos de patrimonio.

La letra b) del apartado 2 se refiere a los instrumentos de patrimonio que reúnan determinados requisitos o características. A su vez, el apartado 4 excluye expresamente a determinados instrumentos de patrimonio.

La norma califica como idóneos para la deducción por reinversión a los «...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...».

Del conjunto de los activos financieros la norma desgaja el subconjunto de los instrumentos de patrimonio que otorgan una participación no inferior al 5 por 100.

La participación en los fondos propios la conceden los instrumentos de patrimonio que merezcan tal calificación de acuerdo con las definiciones contenidas en el artículo 36 del Código de Comercio. Por tanto, un activo financiero que desde la perspectiva del emisor deba ser calificado como pasivo financiero no dará lugar a la deducción por reinversión, aunque adopte la forma de acción o participación, como puede suceder con determinadas acciones sin voto o rescatables o participaciones preferentes. Lo relevante, en suma, es que el activo financiero en cuestión confiera una participación residual en los activos de la empresa que los emite una vez deducidos todos sus pasivos.

En principio, y sin perjuicio de las precisiones que más adelante se efectuarán, son irrelevantes aspectos tales como la forma jurídica de la entidad participada, su objeto social, el lugar de su constitución o el de su domicilio social o fiscal, entre otros.

Por tanto, puede tratarse de una entidad residente en el extranjero, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de los paraísos fiscales.

También es irrelevante la pertenencia al grupo de consolidación contable, sin perjuicio de las especialidades en relación con las rentas intragrupo tratándose de grupos fiscales.

El porcentaje del 5 por 100 se predica de la participación transmitida. Por tanto, es indiferente la participación previa a la transmisión, aunque lógicamente ha de ser al menos del 5 por 100, como también lo es la posterior a la transmisión.

El cómputo del porcentaje de participación transmitido se determina agrupando todas las transmisiones realizadas en el mismo período impositivo, cualquiera que sea la duración del mismo. De esta manera se intenta evitar que la transmisión fraccionada sea impeditiva del disfrute del incentivo, lo que no se logrará si las transmisiones están a caballo de dos períodos impositivos.

Finalmente, la participación transmitida ha de haberse poseído al menos con un año de antelación a la fecha de transmisión, entendiéndose, a estos efectos, que los valores transmitidos son los más antiguos.

#### 2.2.2.1. Instrumentos de patrimonio excluidos.

El apartado 4 excluye absolutamente la deducción por reinversión a los siguientes instrumentos de patrimonio:

- Los que no otorguen una participación en el capital social o en los fondos propios [letra a)].

Esta exclusión parece redundante, puesto que la letra b) del apartado 2 se refiere a los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios. Así, como antes se ha señalado, todos los activos financieros que, para el emisor, constituyan pasivos financieros, quedan al margen de la deducción por reinversión, aun cuando su remuneración esté relacionada en alguna forma con los resultados de aquel, como es el caso de las cuentas en

participación, los créditos participativos, la financiación subordinada, ciertas acciones sin voto o rescatables, y ciertas participaciones preferentes, y también los derechos de opción o los futuros cualquiera que sea el objeto subyacente en ambos instrumentos financieros derivados. Nótese, respecto de estos últimos, que al valorarse por su valor razonable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 bis del Código de Comercio, ninguna renta cabe esperar, por otra parte, derivada de su transmisión.

- Los que sean representativos de la participación sobre entidades no residentes en territorio español cuyas rentas no puedan acogerse a la exención del artículo 21 del TRLIS [letra b)].

El artículo 21 establece tres requisitos generales que debe cumplir la entidad participada para que los dividendos y plusvalías puedan disfrutar de la exención, a saber, porcentaje de participación del 5 por 100 o superior, realización de actividades empresariales en el 85 por 100 o más calibrada a través de las normas sobre transparencia fiscal internacional, tributación por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al IS y, adicionalmente, un conjunto de normas limitativas del importe de la exención, así como tres normas que contienen otros tantos supuestos de inaplicación de la exención.

Es claro que la no concurrencia de alguno de los tres requisitos generales inhabilita la deducción por reinversión. Por el contrario, no parece que las normas limitativas del importe de la exención tengan el mismo efecto, puesto que las rentas pueden acogerse a la exención aunque la misma no versará sobre la plusvalía total. Y lo mismo cabría decir de los supuestos de inaplicación, puesto que, en definitiva, su eficacia solo se proyecta respecto de la participación en entidades en la que concurren los requisitos generales, si bien la cuestión dista de ser clara, puesto que la concurrencia de alguna de las causas de inaplicación inhabilita la aplicación de la exención.

Los supuestos de inaplicación son tres:

- El primero de ellos afecta exclusivamente a las agrupaciones de empresas y a las uniones temporales, las cuales no tributan por el IS sino que lo hacen sus socios o partícipes.
- El segundo versa sobre la deslocalización para disfrutar de la exención y así, la ubicación de una filial en el extranjero por tal motivo inhabilita la exención, por más que cumpla con los requisitos generales, pero de ahí no debería seguirse la exclusión de la deducción por reinversión, puesto que si la misma filial se hallase en territorio español, sí le sería aplicable, pero es cierto que la interpretación literal de la norma pudiera sugerir lo contrario.
- El tercero contiene una norma de técnica tributaria, en cuya virtud se establece la incompatibilidad entre los métodos de exención (art. 21) y de imputación (arts. 31 y 32). No parece que la elección del método de imputación pueda acarrear la pérdida de la deducción por reinversión, por más que la misma determine la inaplicación de la exención.

Por otra parte, cuando se aplica la exención del artículo 21 respecto de las rentas obtenidas en la transmisión de la participación, la no integración en la base imponible de la renta posi-

tiva determina la improcedencia de la deducción por reinversión. Ahora bien, el obligado tributario puede preferir aplicar la deducción por reinversión, en cuyo caso la renta positiva se integrará en la base imponible y se aplicará dicha deducción. No obstante, en aquel supuesto en el que la opción realmente no existe, sino que, simplemente, la exención no procede por existir una renta negativa derivada de una transacción interna previa, la solución resulta dudosa, pues aquí el obligado tributario no puede optar, sencillamente, la exención solamente puede aplicarse en el exceso sobre la renta negativa. La opción versará, en su caso y exclusivamente, sobre el importe del exceso.

Finalmente, la exención del artículo 21 no se aplica respecto de las entidades residentes en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal y, por tanto, la deducción por reinversión tampoco se aplicará en relación con las rentas derivadas de la transmisión de la participación sobre dichas entidades. No será causa impeditiva de la deducción por reinversión, por el contrario, que la persona o entidad adquirente resida en un país o territorio calificado como paraíso fiscal.

- Los que sean representativos de instituciones de inversión colectiva de carácter financiero.

La Ley 35/2003, reguladora de las instituciones de inversión colectiva, regula, junto a las instituciones de inversión colectiva de carácter financiero, aquellas otras que no tienen tal carácter, como pueden ser las que invierten en inmuebles. Pues bien, en la medida en que la entidad correspondiente emita instrumentos de patrimonio que den derecho a participar en los fondos propios, los mismos darán derecho a la deducción por reinversión.

- Los que sean representativos de entidades que tengan como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, en los términos previstos en la Ley 19/1991.

El artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991 describe a las entidades que tienen por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, básicamente en función de la composición del activo de las mismas, tomando como modelo las características con las que la Ley 43/1995 acotaba el campo de las sociedades transparentes. En este modelo, como se recordará, cuando más de la mitad del activo estaba integrado por valores o elementos no afectos a actividades económicas, se calificaba a la entidad como transparente.

En virtud de esta exclusión quedan fuera de la deducción por reinversión los instrumentos de patrimonio emitidos por las sociedades de mera tenencia de bienes o valores. Ahora bien, no deben ser tenidas por tales las denominadas entidades *holding*, esto es, aquellas que controlan la participación sobre sociedades dependientes, asociadas o multigrupo, en el sentido de la norma 9.<sup>a</sup> de valoración del Plan General de Contabilidad. En efecto, los valores representativos de la participación en los fondos propios que determinen un derecho de voto de, al menos, el 5 por 100, no se computan como tales a estos efectos. Tampoco deben ser tenidas como sociedades de mera tenencia de bienes las que desarrollan actividades financieras intragrupo, puesto que los préstamos y créditos que forman parte de su activo no constituyen, propiamente, valores, aun cuando sí sean activos financieros en el sentido de la norma 9.<sup>a</sup> de valoración del Plan General de Contabilidad.

No obstante, cuando las sociedades participadas sean a su vez gestoras de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, la participación sí tiene la consideración de valor a los efectos de configurar la sociedad de tenencia de valores, de acuerdo con lo previsto en el último inciso del último párrafo del artículo 4.Ocho.Dos. 1.º de la Ley 19/1991.

No son pocos los preceptos del TRLIS que se han ocupado de salir al paso de las posibles operaciones irregulares que pudieran pivotar sobre entidades pertenecientes al grupo mercantil, de manera tal que, con base en ello, la norma restringe su campo de aplicación o establece determinadas precisiones, como así sucede, señaladamente, en los casos del régimen del fondo de comercio (art. 12), de las operaciones vinculadas (art. 16), de la exención de plusvalías y dividendos de fuente extranjera (art. 21), de la fusión impropia (art. 89), de la transparencia fiscal internacional (art. 107), de las empresas de reducida dimensión (art. 108), y del régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros (art. 117). Pues bien, el último inciso de la norma antes citada de la Ley 19/1991 recoge esta técnica, esta vez construida no sobre la relación mercantil de grupo, sino sobre la relación de participación significativa fiscal, generalmente referenciada al porcentaje de participación del 5 por 100.

En consecuencia, la transmisión de una participación sobre una entidad, cuyo activo esté integrado por una o más participaciones representativas de la participación en los fondos propios de entidades que tienen la consideración de gestoras de patrimonios mobiliarios e inmobiliarios, no da derecho a la deducción por reinversión, cualquiera que sea el porcentaje de participación que conferían aquellas.

Por otra parte, en todo caso deberá tomarse en consideración el supuesto de reducción de la base de cálculo de la deducción por reinversión que se contempla en los dos últimos párrafos del apartado 2, que más adelante se expondrá.

La caracterización, por vía afirmativa y negativa, de las entidades cuyos valores habilitan la deducción por reinversión en relación con las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación sobre sus fondos propios, sugiere que quedan excluidas de la deducción por reinversión las participaciones sobre las entidades de mera tenencia de bienes o valores, pero no las relativas a entidades que realizan actividades económicas aun cuando su activo no se halle integrado, básicamente, por elementos del inmovilizado o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas.

Así, por ejemplo, son aptas las participaciones sobre entidades cuyo activo esté compuesto, en su mayor parte, por elementos del circulante o activo corriente, o por activos financieros igualmente del circulante o corriente inherentes a la intermediación financiera. Todas estas participaciones habían quedado extramuros de la deducción por reinversión en la redacción del artículo 42 establecida por la Ley 35/2006, y no es difícil adivinar que en tal circunstancia es posible encontrar la explicación a su corta vida. Tampoco es difícil adivinar que la reducción de la base de cálculo de la deducción por reinversión, anteriormente aludida, es la expresión alicorta de la filosofía que animó la redacción del artículo 42 en la Ley 35/2006.

### 2.2.2.2. Minoración por causa de activos no afectos a la realización de actividades económicas.

La norma reguladora de la reducción de la base de cálculo pivota sobre un supuesto de hecho, a saber, que «... 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...».

Esta norma dibuja un quebrado cuyo numerador está integrado por los elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas y el denominador por el total activo. Es importante notar que en el numerador deben incluirse la totalidad de los elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas, cualquiera que sea su clasificación contable, esto es, tanto si pertenecen al activo corriente como al no corriente y, a su vez, cualquiera que sea la rúbrica de segundo grado a la que pertenezcan.

Por tanto, una vez más se plantea la cuestión de la identificación de la actividad económica, y también la concerniente a la afectación, y una vez más debemos remitirnos a los artículos 27 y 29 de la Ley 35/2006, pues en ellos encontramos, como ya sabemos, la descripción de actividad económica y los criterios de afectación, respectivamente.

Ahora bien, precisamente en el artículo 29 se contiene un precepto que es preciso matizar. En efecto, el último inciso de la letra c) del apartado 1 del referido precepto establece que no tendrán la consideración de elementos patrimoniales afectos a la realización de actividades económicas «... los activos representativos de la participación en los fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales ajenos...», pero el último párrafo del apartado 2 del artículo 42 se refiere expresamente a las inversiones financieras para establecer que ciertas de entre ellas no están afectas y que otras sí lo están. Esta norma, en cuanto especial, parece claro que ha de ser aplicada preferentemente sobre la más general del artículo 29 de la Ley 35/2006, pero lo que ya no lo es tanto es si tal aplicación excluye por completo la aplicación de la norma general, o, por el contrario, simplemente la exceptúa para dar cabida a determinadas inversiones financieras en cuanto elementos patrimoniales afectos a la realización de actividades económicas.

Más allá de esta dificultad, lo que no parece dudoso es que los activos financieros a los que se refiere el último párrafo del apartado 2 del artículo 42 tendrán el régimen que en el mismo se establece.

En consecuencia, se dibujan así tres grupos de activos financieros en relación con la afectación a la realización de actividades económicas, a saber, los excluidos expresamente de la afectación, los incluidos expresamente en la afectación, los no expresamente mencionados en el citado precepto. Seguidamente se analizan estos tres grupos.

Son elementos patrimoniales excluidos expresamente de la afectación a la realización de actividades económicas las participaciones, directas o indirectas, en las entidades cuyos instrumentos de patrimonio no dan derecho a la deducción por reinversión de acuerdo con lo previsto en el apartado 4 del artículo 42.

Se trata de una exclusión absoluta, cualquiera que sea el porcentaje de participación, tanto si tiene carácter directo como indirecto. Ahora bien, la participación indirecta puede configurarse a través de otra u otras sobre entidades que no reúnan las características de las mencionadas en el apartado 4. Así, es posible que se tenga una participación indirecta sobre una institución de inversión colectiva de carácter financiero a través de la participación directa en una entidad que realiza en su mayor parte actividades económicas. La lógica aconseja excluir de la afectación aquella porción del valor de la participación directa que está idealmente respaldado por el valor de la participación sobre la institución de inversión colectiva.

Son elementos patrimoniales incluidos expresamente en la afectación a la realización de actividades económicas los siguientes:

- Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales o reglamentarias. Entran en esta categoría los valores designados como idóneos para la materialización de reservas técnicas de las compañías de seguros, entre otros.
- Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas. Entran en esta categoría los efectos mercantiles que documentan créditos por razón de operaciones comerciales, entre otros. Estos activos financieros son los clasificados por la norma de valoración 9.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad como préstamos y partidas a cobrar en calidad de créditos por operaciones comerciales.
- Los poseídos por las sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto.
- Las fiscalmente conocidas como participaciones significativas, esto es, las que otorgan un porcentaje sobre los derechos de voto no inferior al 5 por 100, y se tienen con la finalidad de efectuar una gestión y dirección de las mismas, aunque no necesariamente sobre la actividad de las entidades participadas, contando a tal efecto con la adecuada organización de medios materiales y personales, a condición de que la entidad participada no sea una entidad de mera tenencia de bienes o valores en el sentido del propio artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991. Los activos financieros clasificados como inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas por la norma de valoración 9.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad tendrán, por regla general, la consideración de afectos a la realización de actividades económicas.

Son elementos no comprendidos en los dos grupos anteriores el resto de los activos financieros. Respecto de estos activos financieros habrá de estarse a la regla de exclusión de la afectación del artículo 29.1 c) de la Ley 35/2006.

Por tanto, a la vista de la misma, y tomando en consideración la clasificación que de los instrumentos financieros realiza la norma de valoración 9.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad, puede afirmarse que no estarán afectados a la realización de actividades económicas las inversiones

mantenidas hasta el vencimiento (apdo. 2.2), los activos financieros mantenidos para negociar (apdo 2.3), otros activos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias (apdo. 2.4), y los activos financieros disponibles para la venta (apdo. 2.6).

Quizás podría objetarse que los activos financieros mantenidos para negociar deben entenderse afectos a la realización de una actividad económica consistente en la propia negociación del activo financiero. Ciertamente, podrían encontrarse las notas definitorias de la actividad económica en la especulación organizada sobre activos financieros, pero la regla de exclusión del artículo 29.1 c) de la Ley 35/2006 es tajante y así los activos financieros, no están, por razón de su naturaleza, afectos a la realización de actividades económicas.

Por último, tal vez deban efectuarse ciertas precisiones respecto de los instrumentos financieros derivados, a cuyo efecto debe distinguirse entre aquellos que forman parte de la cartera de negociación, respecto de los cuales cabe entender que no se hallan afectos a la realización de actividades económicas y aquellos otros que realizan la función de instrumentos de cobertura, que seguirán la suerte del elemento patrimonial cubierto.

No obstante lo anterior, los activos financieros mencionados y cualesquiera otros elementos patrimoniales que, de acuerdo con las reglas precedentes deban entenderse no afectos a la realización de actividades económicas, podrán, por el contrario, sí entenderse como afectos en la medida en que hayan sido financiados con beneficios procedentes de la realización de actividades económicas en los términos previstos en el número 2.º del artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991. Por tanto, se trata de los beneficios del ejercicio y de los beneficios acumulados en los diez años anteriores derivados de la realización de actividades económicas, más los derivados de dividendos inherentes a participaciones significativas, esto es, no inferiores al 5 por 100, a condición de que los ingresos de la entidad participada deriven, al menos en el 90 por 100, de la realización de actividades económicas.

Clasificados los elementos patrimoniales en afectos y no afectos a la realización de actividades económicas tendremos el numerador, constituido por los no afectos. En el denominador el activo total. A estos efectos, debe recordarse que, con arreglo a lo previsto en el principio de no compensación regulado en apartado 3.ª del Marco Conceptual de la contabilidad del Plan General de Contabilidad, salvo que una norma disponga de forma expresa lo contrario, no podrán compensarse las partidas del activo y del pasivo.

Por otra parte, cuando la renta positiva derive de la transmisión de la participación sobre una entidad que tenga la condición de dominante de un grupo, en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, el «... porcentaje se calculará sobre el balance consolidado... con independencia 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...».

En cuanto a los valores de los elementos patrimoniales se tomarán los contables, si bien el sujeto pasivo puede tomar «... los valores de mercado de los elementos patrimoniales que integran el balance...». Se trata de una facultad que la norma confiere al obligado tributario, pero no a la inspección tributaria, sin perjuicio de que la misma pueda comprobar la valoración propuesta.

Se tomarán en consideración los elementos «... según balance del último ejercicio cerrado...» ¿A qué ejercicio se refiere la norma? Ciertamente, al texto legal le falta un elemento de identificación. Así, el ejercicio convocado puede ser el último cerrado antes de la formulación de la declaración, pero también el último cerrado antes de la transmisión determinante de la renta positiva, lo que parece ser más acorde con la mecánica del incentivo fiscal.

Pues bien, como se ha expuesto anteriormente, si el porcentaje resultante del quebrado conformado de la manera expuesta resulta ser superior al 15 por 100, «... no se aplicará sobre la parte de renta obtenida en la transmisión que corresponda en proporción al porcentaje que se haya obtenido...». De esta manera, la tenencia por parte de la entidad participada de activos no afectos a la realización de actividades económicas aminora la deducción por reinversión. Se trata de una técnica similar a la utilizada, a otros efectos, en el artículo 21.2 a) del TRLIS. Con ella se pretende reconducir el incentivo fiscal al objetivo de proteger las plusvalías que podríamos denominar de carácter empresarial sin restringir inmoderadamente, como tal vez sucedía en la redacción establecida en la Ley 35/2006, su aplicación respecto de las derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio.

### 2.3. Reinversión.

Los apartados 3 y 4 regulan los elementos patrimoniales en los que puede producirse la reinversión. El apartado 5 describe un conjunto de operaciones que no son idóneas para producir la reinversión. El apartado 6 establece los plazos para efectuar la reinversión, el apartado 9 regula los planes de reinversión y, finalmente, el apartado 8 se refiere al mantenimiento de la reinversión.

De acuerdo con el contenido de las normas relativas a la reinversión, las materias a abordar son las siguientes:

- Importe de la reinversión.
- Elementos cualificados para la reinversión.
- Plazo para efectuar la reinversión.
- Características de la operación a través de la cual se efectúa la reinversión.
- Restricciones a la reinversión por razones de vinculación.
- Incompatibilidades de la reinversión realizada mediante instrumentos de patrimonio.

#### 2.3.1. Importe de la reinversión.

Lo que debe reinvertirse es «... el importe obtenido en la transmisión que genera la renta objeto de la deducción...». La cantidad a reinvertir coincide con el importe obtenido en la transmisión del elemento patrimonial.

Cuando la transmisión se ha realizado mediante precio en dinero la suma a reinvertir está perfectamente determinada. Cuando la contraprestación no se ha recibido en dinero sino en especie, parece que será el valor de mercado de la misma lo que determine el importe a reinvertir.

### 2.3.2. Elementos cualificados para la reinversión.

Están cualificados para la reinversión los mismos elementos patrimoniales que habilitan la deducción por reinversión.

Del mismo modo, también se contempla un supuesto de aminoración de la cantidad reinvertida, cuando la reinversión se efectúa en instrumentos de patrimonio de entidades que tengan en su activo elementos patrimoniales no afectos a la realización de actividades económicas.

Es interesante notar que la norma excluye de la reinversión a los valores o instrumentos financieros que «... sean representativos de instituciones de inversión colectiva de carácter financiero...», lo que parece dar a entender que, en la medida en que aquellos otorguen una participación no inferior al 5 por 100 sobre el capital social serán válidos los mencionados instrumentos financieros que sean representativos de instituciones de inversión colectiva no financieras, sin perjuicio de la regla de aminoración de la cantidad reinvertida.

Es interesante señalar que en la regulación de la deducción por reinversión precedente a la Ley 35/2006, era objeto de controversia si la participación en las denominadas sociedades de inversión mobiliaria de capital variable era válida a efectos de la reinversión. Pues bien, la misma ha sido resuelta mediante la resolución del TEAC de 5 de diciembre de 2007, a cuyo tenor sí era válida por la sencilla razón de que otorgaba una participación en el capital social, tal y como requería la norma entonces vigente, y ante el argumento de que ello podría no ser consecuente con el espíritu del legislador, recuerda el TEAC que lo cierto es que la letra de la norma es clara, puesto que las citadas entidades son sociedades anónimas, y advierte que con la nueva redacción la respuesta sería la contraria debido a los nuevos supuestos restrictivos respecto de la reinversión.

Más allá del contenido concreto de la resolución del TEAC, es interesante señalar que aborda un conflicto que, aunque en contadas ocasiones, se presenta en la aplicación de las normas fiscales, a saber, la frontera entre la indagación de su espíritu y la especificación de la presunta voluntad del legislador, tal vez preterida a causa de una deficiencia técnica en la elaboración de la norma. Pues bien, en su resolución el TEAC afirma que no se encuentra capacitado para indagar en el espíritu del legislador, muy probablemente queriendo poner de relieve que rechaza la actividad aplicativa de la norma que desemboca en una suerte de configuración artificial de la norma que debió ser y no fue, lo cual, nótese bien, es algo diferente de atender al espíritu y finalidad de la norma en el sentido del artículo 3 del Código Civil.

Probablemente el punto de equilibrio resida en la pronta modificación de la norma defectuosa, lo que requiere, claro está, la concurrencia de dosis elevadas de eficiencia y eficacia legislativa<sup>3</sup>. Así

<sup>3</sup> SODARO, M. *Introducción a la Ciencia Política*. Capítulo 9.

ha sucedido en el caso de la deducción por reinversión, de manera tal que la resolución del TEAC y la reacción normativa, incluso, como ha sido el caso, realizada pretemporalmente, constituyen los dos puntos de apoyo en los que, en esta materia, han descansado confortablemente los principios de seguridad jurídica y equidad.

### *2.3.3. Plazo para efectuar la reinversión.*

La reinversión deberá realizarse dentro del plazo comprendido entre el año anterior a la fecha de la puesta a disposición del elemento patrimonial transmitido y los tres años posteriores. La reinversión se entiende efectuada en el momento de la puesta a disposición de los elementos adquiridos.

No se trata de dos plazos de reinversión, sino de uno solo, definido en torno a una fecha inicial. Por tanto, las adquisiciones realizadas dentro de dicho plazo serán válidas.

No obstante, pueden formularse planes de reinversión para alargar los plazos, que deberán ser aprobados administrativamente. Ahora bien, estos planes solo podrán aprobarse con base en la concurrencia de las características técnicas de los elementos patrimoniales en los que se pretende efectuar la reinversión, sin que las circunstancias económicas de la empresa deban, a estos efectos, tomarse en consideración.

Respecto de los instrumentos de patrimonio se establecen dos reglas particulares, una relativa a la fecha inicial y otra a la acumulación de adquisiciones. Así, en cuanto a la fecha inicial, cuando en el mismo período impositivo se hayan realizado varias transmisiones, se tomará como tal la de finalización del período impositivo. Y en cuanto a la determinación del porcentaje de participación, se acumularán las adquisiciones realizadas durante el plazo de reinversión.

También se establece una norma particular concerniente a la reinversión practicada en elementos patrimoniales que sean objeto de los contratos de arrendamiento financiero a los que se refiere la Ley 26/1988, esto es, aquellos que disfrutaban del régimen fiscal especial previsto en el artículo 115 del TRLIS. A tenor de la misma, la reinversión se produce en el momento de la puesta a disposición, y su importe coincide con el valor de contado del elemento patrimonial objeto del contrato. Los efectos de la reinversión están condicionados, con carácter resolutorio, al ejercicio de la opción de compra.

La norma solo se refiere a los elementos objeto de los contratos de arrendamiento financiero amparados en la Ley 26/1988 y ello plantea la validez de la reinversión en el caso de otros contratos de arrendamiento financiero. Considerando que, de acuerdo con lo previsto en la norma de valoración 8.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad, el arrendatario debe registrar un activo, sea material o intangible, la respuesta parece que debería ser positiva, en todo caso supeditada al ejercicio de la opción de compra. Ciertamente, de ser correcta esta interpretación, la función de la regla especial queda bastante disminuida.

Seguramente la regla especial no es necesaria, toda vez que los contratos de arrendamiento financiero determinan la adquisición de elementos patrimoniales del inmovilizado material o del

intangible, de acuerdo con lo previsto en la norma de valoración 8.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad. Pero, tal vez por ello, se abre una duda en relación con los contratos de arrendamiento financiero no amparados en la referida Ley 26/1988, que, se opina, debe solventarse aceptando la validez de la calificación contable.

#### *2.3.4. Características de la operación a través de la cual se efectúa la reinversión.*

La adquisición que da lugar a la reinversión puede realizarse por cualquier título, puesto que la norma no establece especialidad alguna. Lo relevante, por tanto, es que la entidad adquiera un elemento patrimonial cualificado en virtud de un negocio jurídico que le habilite para obtener el control sobre el mismo en el sentido del artículo 36.1 a) del Código de Comercio. Por tanto, cualquier título jurídico es válido.

Cuando el negocio jurídico determinante de la obtención de la renta positiva ha procurado una contraprestación a metálico, podría sostenerse que la reinversión ha de realizarse a través de un negocio jurídico que, igualmente, procure una contraprestación a metálico. De ser correcto tal criterio quedarían excluidas de la reinversión todas las adquisiciones cuya contraprestación consiste en instrumentos de patrimonio. En tal caso, la entidad se vería forzada a emitir instrumentos de patrimonio a desembolsar a metálico y a aplicar el mismo a la adquisición. Empero, no parece que el referido criterio pueda entenderse adecuado, pues, sobre provocar piroetas esotéricas, carece de respaldo legal. Tampoco parece que la norma exija algo así como una relación precisa y directa entre la contraprestación derivada de la transmisión determinante de la renta positiva y la contraprestación aplicada a la reinversión. La relación es de magnitud o importe, pero no de identidad del dinero empleado.

En ciertos supuestos la relación deriva de la propia naturaleza de la operación que da lugar a la renta positiva. Así, en una permuta el elemento patrimonial adquirido es la contraprestación del entregado, y lo propio acontece en las aportaciones y canjes de valores. Ahora bien, esto no significa que el obligado tributario no pueda aplicar la adquisición así realizada a la reinversión correspondiente a rentas positivas obtenidas en otras operaciones.

La norma no exige que la renta positiva obtenida no se distribuya a los socios. Esta renta puede distribuirse y con ello el patrimonio neto de la entidad regresar a su situación previa a la transmisión determinante de la renta positiva.

La norma tampoco exige que el patrimonio neto se mantenga en el importe que tenía antes, ni después, de la transmisión determinante de la renta positiva. Así, una distribución de las reservas acumuladas o una reducción del capital con devolución de aportaciones haría disminuir el valor del patrimonio neto, y también del activo, disminuyendo con ello la capacidad de la entidad para generar recursos. Pues bien, todo ello es indiferente a efectos de la reinversión. Y así, después de la reinversión el patrimonio neto de la entidad puede ser incluso inferior al que tenía antes de la obtención de la renta positiva.

No siempre fue así. En efecto, el régimen de la previsión para inversiones del TRLIS de 1967 puso el acento en la constitución de un reserva indisponible y en la permanencia del patrimonio neto, amén de en la naturaleza de los activos en los que tal reserva indisponible debía materializarse.

Finalmente, nada se establece respecto de las fuentes de financiación a utilizar para la reinversión, seguramente porque se parte del criterio de que el pasivo financia indistintamente todo el activo.

### *2.3.5. Restricciones a la reinversión por razones de vinculación.*

Como es sabido, uno de los puntos de controversia de la deducción por reinversión ha sido la materialización en activos procedentes de otra u otras entidades del mismo grupo mercantil. Algo tiene de espurio esa materialización, puesto que, en definitiva, en el grupo como tal no entraba ningún activo sino que un mismo activo cambiaba de entidad en el seno del mismo grupo, y así se comprende que dos consultas de la Dirección General de Tributos, de diciembre de 2004, indicaran que la inversión, en estos casos, debería «... responder a una razón económica para ser válida no considerándose como tal el ahorro fiscal al margen de cualquier efecto jurídico o económico relevante...», pero también se comprende que la siembra de conceptos jurídicos no suele producir las mejores cosechas para nutrir el granero de la seguridad jurídica.

Tal vez por ello el legislador haya querido tipificar expresamente las adquisiciones que, por realizarse entre partes vinculadas, no son válidas para la reinversión. Y, en este sentido, el apartado 5 del artículo 42 establece que no son adquisiciones aptas para la reinversión las siguientes:

- Las realizadas como consecuencia de operaciones acogidas al régimen de las fusiones y operaciones asimiladas del Capítulo VIII del Título VII, cuando las mismas se realizan entre entidades vinculadas en el sentido del artículo 16 del TRLIS.
- Las realizadas frente a otra entidad vinculada en el sentido del artículo 16 del TRLIS, excepto si se trata de elementos nuevos del inmovilizado material o de las inversiones inmobiliarias.

La relación entre ambas restricciones ofrece diversas posibilidades interpretativas.

Así, una primera consiste en entender que ambas restricciones operan con total independencia puesto que versan sobre supuestos de hecho perfectamente diferenciados, ya que la primera se refiere operaciones específicas. Podríamos denominar a esta interpretación la de la independencia o separación. En su virtud, la primera restricción debería ser aplicada en sus propios términos cuando, mediando una relación de vinculación en el sentido del artículo 16 del TRLIS, estuviéramos ante una operación acogida al Capítulo VIII del Título VII del TRLIS.

Frente a esta cabe sostener otra consistente en entender que la segunda restricción se aplica a todo tipo de adquisiciones entre entidades vinculadas, por tanto también a las realizadas a través de

los negocios jurídicos realizados al amparo del Capítulo VIII del Título VII, de manera tal que la primera restricción operaría en aquellos supuestos no cercenados previamente por aplicación de la segunda. Podríamos denominar a esta interpretación la de la cooperación.

En el contexto de esta interpretación las adquisiciones de elementos patrimoniales antiguos, o nuevos del intangible, por causa de operaciones realizadas entre entidades vinculadas no determinaría la reinversión, cualquiera que fuere el negocio jurídico determinante de la adquisición, por tanto también la fusión u operación asimilada acogida al régimen especial. Pero, además, aun cuando tales elementos fueren nuevos, tampoco se produciría la reinversión si el negocio jurídico adquisitivo fuera una operación de fusión o asimilada acogida al régimen especial.

Ambas interpretaciones son defendibles. La primera tiene a su favor la propia sistemática del texto legal, pues, en efecto, la segunda hubiera expresado en orden diferente ambas restricciones. La segunda tiene la ventaja de descansar en la sustancia del carácter nuevo de los elementos en los que se materializa la reinversión, de manera tal que se supera la tacha de ausencia real de inversión considerando al grupo en su conjunto.

Cualquiera que sea la interpretación válida, es cierto que ambos supuestos de restricción tienen en común que la operación se realiza «... entre entidades de un mismo grupo en el sentido del artículo 16 de esta Ley...».

El artículo 16 del TRLIS no define un grupo sino un conjunto de relaciones de vinculación, si bien en el párrafo final de su apartado 3 se establece que existe grupo «... cuando una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio...», lo cual podría dar pie a entender que el grupo a que se refieren las restricciones es el del artículo 42 del Código de Comercio, lo que se estima sería una interpretación desacertada. El grupo al que se refieren los supuestos de restricción es el integrado por el conjunto de las relaciones de vinculación, de tal manera que estarán afectadas por dichas restricciones todas las adquisiciones realizadas entre partes vinculadas, pertenezcan o no al mismo grupo mercantil.

La relación de vinculación ha de ser previa a la operación. La que pudiera resultar como consecuencia de la misma no es relevante. En efecto, el supuesto de hecho de la norma apunta claramente en tal sentido. Es el momento de la adquisición el que ha de tomarse como referencia en orden a la existencia de la relación de vinculación.

En virtud de la primera restricción, las adquisiciones derivadas de las operaciones de aportación de rama de actividad o no dineraria especial, canje de valores, fusión propia o impropia, y escisión total o parcial, no son idóneas para la reinversión cuando las operaciones en cuestión se hayan realizado con entidades vinculadas en el sentido del artículo 16 del TRLIS, y con acogimiento al régimen especial del Capítulo VIII del Título VII.

Las operaciones enumeradas desencadenan varios tipos de adquisiciones. Así, en una aportación la entidad beneficiaria adquiere los elementos objeto de la aportación, y la aportante una participación financiera, y lo propio sucede en el canje de valores. En la fusión propia la entidad

absorbente o, con más propiedad, adquirente, efectúa una adquisición, y también los socios de la entidad absorbida o transmitente. En la escisión, sucede lo propio en relación con la sociedad beneficiaria y los socios de la escindida.

Pues bien, todas estas adquisiciones no son válidas a efectos de la reinversión cuando, en el momento de su realización, medie entre las entidades concernidas una relación de vinculación en el sentido del artículo 16 del TRLIS, y acogimiento al régimen fiscal especial de las fusiones y operaciones asimiladas.

Enseguida se advierte que las adquisiciones en cuestión son, en cuanto a sus efectos patrimoniales, bien diversas. Así, la entidad beneficiaria de la aportación, escisión o fusión, aumenta su patrimonio neto en el importe del valor razonable de los elementos adquiridos. Los socios, por el contrario, adquieren unos instrumentos de patrimonio que son el contravalor de los instrumentos de patrimonio extinguidos (fusión, escisión) o entregados (canje de valores) o de los elementos patrimoniales aportados.

Sin embargo, ambos tipos de adquisiciones únicamente son descartadas a los efectos de la reinversión cuando se realicen entre partes vinculadas en el sentido del artículo 16 del TRLIS y con acogimiento al régimen fiscal especial.

En sentido contrario, cuando no media relación de vinculación, o mediando la operación no ha sido acogida al régimen fiscal especial, las adquisiciones realizadas como consecuencia de dichas operaciones son aptas para la reinversión, sin perjuicio, claro está, de lo que se derive de la restricción segunda, que será examinada más adelante.

De esta manera, los instrumentos de patrimonio recibidos a consecuencia de una aportación a una entidad no vinculada, o vinculada pero sin acogimiento al régimen fiscal especial, son aptos para la reinversión, si bien cuando media vinculación podría entenderse que estamos ante supuesto propio de la restricción segunda, como más adelante se comentará.

Igualmente, los instrumentos de patrimonio recibidos a consecuencia de la calidad de socio en las operaciones de fusión, escisión y canje de valores son aptos para la reinversión, con tal de que no medie relación de vinculación, o mediando, la operación no se hubiere acogido al régimen especial de las fusiones y operaciones asimiladas.

Por supuesto, en todos los casos descritos, puesto que versan sobre la adquisición de instrumentos de patrimonio, es necesario que representen una adquisición determinante de un porcentaje de participación no inferior al 5 por 100. A estos efectos, es indiferente la participación que, previamente, se pudiera poseer. Lo relevante es que, en sí misma, la participación adquirida determine un porcentaje de participación no inferior al 5 por 100.

En virtud de la segunda restricción, no son aptos para la reinversión los elementos patrimoniales adquiridos de una entidad con la que medie relación de vinculación en el sentido del artículo 16

del TRLIS, excepto si tales elementos son nuevos y pertenecen al inmovilizado material o a las inversiones inmobiliarias.

Por consiguiente, los elementos del inmovilizado intangible y los instrumentos de patrimonio adquiridos en operaciones vinculadas no son aptos para la reinversión, aun cuando los primeros pudieran ser considerados como nuevos y los segundos fueren representativos de la participación en entidades cuyo activo íntegramente estuviere compuesto de activos del inmovilizado material o de las inversiones inmobiliarias nuevos. Bien se comprende que la exclusión fruto de la restricción que se examina no matiza en la misma forma en como la propia norma lo ha hecho en relación con las participaciones sobre entidades en cuyo activo anidan elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas en el 15 por 100.

La clasificación del elemento patrimonial ha de efectuarse en sede de la entidad adquirente, siendo irrelevante la que tenga en sede de la entidad transmitente, si bien, considerando el requisito de que ha de tratarse de un elemento nuevo lo normal será que, en esta última entidad, pertenezca al circulante o no corriente.

La norma no indica las características que debe reunir un elemento patrimonial para ser considerado nuevo. En consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Ley General Tributaria, habrá de estarse al sentido técnico jurídico o usual según proceda. Y así, el Diccionario de la Lengua Española señala, en referencia a las cosas, que nuevo es lo recién hecho o fabricado. Por tanto, elementos de inmovilizado material o de las inversiones inmobiliarias nuevos serán aquellos que se adquieren del fabricante o del constructor sin que este los haya aplicado a su propio proceso productivo. Obviamente quedan excluidos los terrenos de todo tipo y condición, pero, por lo que se refiere a los urbanizados, es posible que el coste de la urbanización pueda entenderse apto para la reinversión.

El negocio jurídico a través del cual se realiza la adquisición es irrelevante, habida cuenta de que la norma se refiere a la adquisición sin hacer ninguna precisión a aquel. Por ello, es posible interpretar que la restricción también versa sobre las adquisiciones realizadas a través de los negocios jurídicos que pueden ampararse, y se amparan, en el régimen especial del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, aunque también es admisible la interpretación de que tales adquisiciones se sujetan exclusivamente a la restricción primera. Con todo, parece más lógico aplicar la restricción segunda en su máxima amplitud.

Pero dentro de esta interpretación cabe, a su vez, entender que la restricción segunda se aplica a las adquisiciones derivadas de todo tipo de negocios amparados en el régimen especial de las fusiones u operaciones asimiladas, o tan solo a aquellos que pueden determinar, en potencia, la adquisición de elementos del inmovilizado material o del intangible o de las inversiones inmobiliarias o, en fin, de instrumentos de patrimonio, es decir, de todos esos elementos patrimoniales, en cuyo caso la restricción se aplicaría sobre las entidades beneficiarias o adquirentes pero no respecto de sus socios.

La interpretación del alcance restringido se apoya en inducir de la parte las características el todo, esto es, puesto que se acepta la reinversión referida a ciertos elementos del inmovilizado, las adquisiciones concernidas por la restricción son aquellas que pueden deparar la adquisición de dichos

elementos, entre otros no aptos, pero no aquellas que, en todo caso, determinarían la adquisición de elementos no aptos, como son los instrumentos de patrimonio que reciben los socios. No se oculta que el razonamiento precedente podría ser tachado de incurrir en la falacia de composición, esto es, suponer que el todo es exactamente igual que las partes, pero, a pesar de ello, no debería ser descartado.

### *2.3.6. Incompatibilidades de la reinversión realizada mediante instrumentos de patrimonio.*

Cuando la reinversión se efectúa en instrumentos de patrimonio, en la letra b) del apartado 3 se precisa que: «... Estos valores no podrán generar otro incentivo a nivel de base imponible o cuota íntegra...».

La apelación a un supuesto nivel, imputable a la base imponible o a la cuota íntegra, podría dar lugar a una búsqueda ingeniosa de otros niveles en la estructura del impuesto, a modo de los famosos estratos sociales con los que los sociólogos de la segunda mitad del siglo pasado pretendieron comprender la estructura de la sociedad en cuanto objeto de estudio básico de la Sociología. Pero esta búsqueda no parece que pueda dar resultados fructíferos, pues cuando la Ley General Tributaria se ocupa de los elementos de cuantificación de la obligación tributaria principal, no los clasifica en niveles.

Hubiera bastado con establecer, lisa y llanamente, que los valores en cuestión no pueden fundamentar cualquier otro incentivo fiscal.

La adquisición de instrumentos de patrimonio puede dar lugar a la deducción por actividades de exportación (art. 37), y a la partida deducible en concepto de fondo de comercio (art. 12.5), una vez desaparecida la reducción temporal de la base imponible por implantación en el extranjero establecida por el Real Decreto-Ley 3/2000, posteriormente Ley 6/2000.

Los mismos instrumentos de patrimonio no pueden estar afectos a la deducción por reinversión y al incentivo fiscal de la deducción por actividades de exportación, lo cual plantea al obligado tributario una alternativa de elección, puesto que la norma nada establece sobre el particular. La elección se materializa en la declaración por el IS, de manera tal que el obligado tributario al formular su declaración opta por una u otra deducción.

Y lo propio acontece respecto de la deducción relativa a la amortización fiscal del denominado fondo de comercio sobre entidades no residentes, ya que la norma prevé que: «... La deducción por la adquisición de valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en territorio español es incompatible con la deducción establecida en el artículo 12.5...».

La mención particular de la deducción prevista en el artículo 12.5 puede ser entendida a modo de especificación de la regla general de incompatibilidad con otros beneficios fiscales o, inversamente, como una restricción genuina. Y a esta última versión parece más correcto atenerse desde la pers-

pectiva de la defensa de la compatibilidad de lo establecido en el artículo referido respecto de las normas comunitarias concernientes a las ayudas de Estado, por más que la diferencia de trato entre la inversión financiera exterior e interior pueda ser perceptible, cuestión esta que, en cualquier caso, es ajena al régimen de la deducción por reinversión.

La norma específica que «...no se considerará un incentivo fiscal las correcciones de valor, las exenciones a que se refiere el artículo 21 de esta Ley, ni las deducciones para evitar la doble imposición...».

La lectura de esta norma deja un sabor agríndice. Desde luego, por una parte, acierta plenamente en no considerar como incentivos fiscales a las exenciones y deducciones para evitar la doble imposición y las correcciones de valor, pero, por otra, si la referida consideración se ha estimado necesaria o, cuando menos, conveniente para la correcta aplicación de la norma, podría sospecharse que el legislador alberga una confianza limitada en el despliegue de la aplicación práctica de los elementos constitutivos de la obligación tributaria.

Tal vez, por lo que se refiere a la exención y a las deducciones para evitar la doble imposición, haya podido pesar en el legislador el retorno a la doble imposición en el IRPF, de manera tal que, tomándose como canon la doble imposición, fuera de temer que las normas para evitarla podrían ser colocadas en la estantería de los incentivos fiscales.

Sea como fuere, lo cierto es que, como bien indica la norma, la eliminación de la doble imposición no puede considerarse como incentivo fiscal. La doble imposición es una rémora propia de la imposición de producto e impropia de un sistema tributario que se reclame deudor de la eficacia y la neutralidad y, por tanto, su eliminación, lejos de ser un incentivo fiscal, no es sino un eficaz servicio a los referidos principios.

En otro orden de cosas, la incompatibilidad de los instrumentos de patrimonio para fundamentar, al tiempo, la reinversión y un incentivo fiscal, sitúa al obligado tributario en la tesitura de realizar una elección. Como se ha indicado anteriormente, la elección se plasmará en la declaración por el IS. En tal caso, cabe plantear la cuestión de si ello constituye el ejercicio de una opción en el sentido del artículo 119.3 de la Ley General Tributaria. Cuestión de verdadera enjundia práctica si, llegado el procedimiento de inspección tributaria, se constata que no se cumplen los requisitos para disfrutar del incentivo fiscal elegido, pero sí el alternativo.

La literatura legal abre la puerta a las dos interpretaciones posibles, pues, de una parte, la norma no establece expresamente que la opción haya de ejercitarse con la presentación de la declaración, pero, de otra, realmente no existe otra forma de ejercicio.

Ciertamente, restringir la posibilidad de ejercitar una opción al acto de presentación de la declaración puede salir al paso de irregularidades consistentes, básicamente, en neutralizar la deuda tributaria descubierta en el procedimiento de inspección tributaria, pero también puede infligir un perjuicio injusto al obligado tributario que erró en la apreciación de los requisitos para disfrutar de los incentivos

fiscales en juego. Y ello, unido al establecimiento de una infracción tributaria en el artículo 195 de la Ley General Tributaria tipificada sobre la conducta irregular aludida, inclina a una interpretación restrictiva de lo previsto en el artículo 119.3 de la Ley General Tributaria.

### 2.3.7. *Mantenimiento de la reinversión.*

El apartado 8 regula la obligación de mantenimiento de los elementos en los que se ha materializado la reinversión, estableciendo, a tal efecto, un tiempo de permanencia en el patrimonio, y la posibilidad de reiterar la reinversión.

#### 2.3.7.1. Plazo de mantenimiento.

Los elementos patrimoniales en los que se ha efectuado la reinversión deben permanecer en el patrimonio de la entidad por un plazo de cinco años o de tres si se trata de bienes muebles, excepto si su vida útil fuere inferior.

Nótese, pues, que la norma distingue entre bienes muebles e inmuebles. A estos efectos deberán aplicarse las normas del Código Civil sobre la materia, ya que la norma fiscal nada prevé sobre el particular.

La inversión deberá mantenerse de manera activa, esto es, en funcionamiento al servicio de la actividad económica, si bien en el caso de inversiones financieras tal requisito no parece que tenga sentido.

El funcionamiento es una cuestión de hecho, y de carácter objetivo. Así, la clasificación del elemento como activo no corriente disponible para la venta no implica necesariamente el cese del funcionamiento. Implica, tan solo, la voluntad de la entidad de venderlo. El elemento que es apartado de la actividad económica de manera definitiva deja de estar en funcionamiento y debe clasificarse como no corriente disponible para la venta, pero dicha clasificación igualmente es pertinente respecto de aquellos elementos que permanecen en funcionamiento, si bien la empresa espera recuperar su valor contable a través de una próxima transmisión.

En suma, la clasificación contable de activo no corriente mantenido para la venta, de la norma de valoración 7.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad, no supone, necesariamente, el cese de la situación de funcionamiento.

Un elemento patrimonial se mantiene en la entidad inversora mientras no concurren las circunstancias que determinan su baja en contabilidad, debiendo aplicarse a estos efectos las normas previstas en las diferentes normas de valoración del Plan General de Contabilidad, tales como la 2.<sup>a</sup> y la 9.<sup>a</sup>. Lo normal será que la baja se produzca como consecuencia de un contrato traslativo de la propiedad, pero no siempre dichos contratos determinarán la baja, y es posible que otros referidos formalmente de la cesión de uso sí determinen la baja.

En suma, la situación de mantenimiento cesa cuando concurren las circunstancias determinantes de la baja.

Por otra parte, la situación de mantenimiento puede perpetuarse en un patrimonio distinto del originario, por virtud de la subrogación a que se refiere el artículo 90 del TRLIS, en relación con aquellas operaciones que determinen una sucesión a título universal.

#### 2.3.7.2. Reiteración de la reinversión.

La transmisión de los elementos patrimoniales en los que se materializó la reinversión antes de los plazos anteriormente mencionados no determina el incumplimiento de la obligación de mantenimiento «... si el importe obtenido o el valor neto contable, si fuera menor, es objeto de reinversión en los términos establecidos...».

Por tanto, la incorporación al patrimonio de la entidad de elementos patrimoniales cualificados para la reinversión en el importe referido, o reiteración de la reinversión, permite continuar en el disfrute de la deducción por reinversión.

Cualquier elemento patrimonial cualificado para la reinversión es apto para la reiteración de la reinversión, de manera tal que es posible, por ejemplo, reinvertir en instrumentos de patrimonio cuando lo que causó baja fue un elemento perteneciente al inmovilizado material o intangible.

El elemento patrimonial en el que se materializa la reiteración de la reinversión deberá controlarse hasta completar el plazo de mantenimiento. Por otra parte, la norma no limita el número de veces en que puede efectuarse la reiteración de la reinversión.

El importe que ha de reinvertirse está claramente expresado en la norma. No obstante, caben ciertas precisiones. Así, el importe obtenido no ha de identificarse con el precio cobrado sino con el precio convenido, y el valor neto contable no puede ser otro que el valor contable o en libros a que se refiere la regla 6.<sup>a</sup> del Marco Conceptual del Plan General de Contabilidad.

La norma no explicita el plazo en el que deberá efectuarse la reinversión. Puesto que se remite a «... los términos establecidos en este artículo...», parece lógico entender que serán aplicables las normas previstas en el apartado 6 del artículo 42, si bien tal vez pudiera entenderse que el tiempo que media entre la baja de la reinversión y la reiteración de la reinversión es inhábil a efectos del cumplimiento del plazo de mantenimiento.

### 2.4. Base de la deducción.

El apartado 7 regula la base de cálculo de la deducción estableciendo una regla general y varias particulares.

### 2.4.1. Regla general.

La base de la deducción es «... el importe de la renta obtenida en la transmisión de los elementos patrimoniales... que se haya integrado en la base imponible...».

La renta se deriva del resultado contable, corregido con lo previsto en las normas fiscales. Por tanto, en primer lugar, habrá de acudirse a las normas contables que regulan los efectos de la baja de los elementos del inmovilizado y de las inversiones financieras. En este sentido, tratándose de elementos del inmovilizado material, el resultado contable será la diferencia entre el importe obtenido, neto de los costes de venta, y su valor contable, y, tratándose de inversiones financieras, el resultado contable será la diferencia entre la contraprestación recibida, neta de los costes de transacción atribuibles, considerando cualquier nuevo activo obtenido menos cualquier pasivo asumido, y el valor en libros del activo financiero, más cualquier importe que se haya reconocido directamente en el patrimonio neto, todo ello de acuerdo con las normas de valoración 2.<sup>a</sup> 3 y 9.<sup>a</sup> 2.9, del Plan General de Contabilidad, respectivamente.

Sin embargo, la base de cálculo de la deducción por reinversión no coincide con el resultado contable, principalmente porque se excluye «... el importe de las pérdidas por deterioro relativas a los elementos patrimoniales o valores en cuanto las pérdidas hubieren resultado fiscalmente deducibles...».

En consecuencia, en este supuesto el resultado contable debe ser minorado en el importe de la corrección de valor previamente practicada, excepto si no hubiere sido fiscalmente deducible. Sin embargo, cuando la pérdida de valor consiste en la depreciación que normalmente sufran los elementos por su funcionamiento, uso o disfrute, el importe acumulado de las amortizaciones no minorará la base de cálculo.

Por tanto, se está ante un tratamiento divergente según que la pérdida de valor del elemento patrimonial derive del deterioro o de la depreciación por amortización. Este tratamiento diverso carece de lógica. La lógica conduce a un tratamiento homogéneo, el cual debería consistir en tomar como base de cálculo la diferencia entre los valores de transmisión y adquisición. Bajo esta configuración las amortizaciones y los deterioros serían absolutamente irrelevantes respecto de la determinación de la base de cálculo, lo cual militaría en favor de la neutralidad del impuesto.

Tampoco forman parte de la base de cálculo «... las cantidades aplicadas a la libertad de amortización, o a la recuperación del coste del bien fiscalmente deducible...». Ambas cantidades forman parte de la renta, a efectos fiscales, obtenida en la transmisión de los elementos patrimoniales, aunque no del resultado contable. Pues bien, las mismas no se integran en la base de cálculo, lo cual es totalmente lógico pues de lo contrario se solaparían ambos incentivos fiscales.

### 2.4.2. Reglas particulares.

Se regulan tres casos particulares:

- Rentas aplicadas a la deducción para evitar la doble imposición.
- Incompatibilidad con gastos derivados de los propios elementos transmitidos.
- Corrección monetaria.

#### 2.4.2.1. Rentas aplicadas a la deducción para evitar la doble imposición.

Por lo que se refiere a las rentas aplicadas a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos, la norma prevé que «... no se incluirá en la base de cálculo de la deducción la parte de la renta obtenida en la transmisión que haya generado el derecho a practicar la deducción por doble imposición...».

Como es sabido, el artículo 30.5 del TRLIS establece, en relación con las rentas obtenidas en la transmisión de una participación significativa, una deducción equivalente al resultado de aplicar el tipo de gravamen «... al incremento neto de los beneficios no distribuidos... que correspondan a la participación transmitida, generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de dicha participación o al importe de las rentas computadas si este fuere menor...».

Una interpretación literal de ambos preceptos podría llevar a entender que cuando la deducción para evitar la doble imposición se practica sobre el importe del beneficio no distribuido la renta obtenida se integra en la base de cálculo de la deducción por reinversión. Dicha interpretación no parece correcta. La deducción para evitar la doble imposición se practica por causa de la renta obtenida en la transmisión de la participación, si bien la base de cálculo de la deducción no puede exceder de la renta obtenida y acumulada por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, pues es esta renta la que, reflejada en aquella, ha sufrido la tributación por el IS en sede de dicha entidad.

Por tanto, la restricción concerniente a la base de cálculo de la deducción por reinversión opera siempre que sea de aplicación la deducción para evitar la doble imposición de plusvalías, si bien el importe de la renta no incluida en la base de cálculo de la deducción por reinversión varía según los casos.

Así, cuando la renta obtenida en la transmisión es superior al beneficio no distribuido acumulado, la base de cálculo se minorra en su importe, y cuando sucede lo contrario la base de cálculo se minorra en el importe de la plusvalía o renta derivada de la transmisión.

Más allá de la precisión precedente, cabe indagar acerca del fundamento técnico de la exclusión de la renta en cuestión de la base de cálculo de la deducción.

La exclusión se justifica en que la deducción de la cuota íntegra equivale a la no integración de la renta en la base imponible. Podría aducirse que la deducción no implica un beneficio fiscal sino que se trata de una medida para eliminar la doble imposición, lo cual es cierto, pero también lo es

que el efecto práctico de la deducción por reinversión sería que la entidad que transmite la participación disfrutaría de una imposición negativa o, visto de otra forma, que el beneficio obtenido por la entidad participada tribute, de forma indirecta, al 18 por 100, esto es, al tipo nominal de gravamen minorado en el importe de la deducción por reinversión.

El argumento justificativo parece tener cierta consistencia. Ahora bien, en el contexto de las nuevas normas de contabilidad, que no recogen la categoría de los resultados extraordinarios, tal y como se desprende del modelo de cuenta de pérdidas y ganancias del Plan General de Contabilidad, en adecuada respuesta al abandono de aquella por el artículo 35 del Código de Comercio, lo que aparece escasamente justificado es el incentivo fiscal de la deducción por reinversión, en sí mismo.

En efecto, la nueva redacción del artículo 35.2 del Código de Comercio, a diferencia de la precedente, ya no se refiere a los resultados que se originen en circunstancias de carácter extraordinario, de manera tal que no distingue entre resultados ordinarios y extraordinarios, si bien en la cuenta de pérdidas y ganancias deben quedar explicitadas las pérdidas y ganancias originadas en la enajenación de activos fijos.

La reforma contable desvela que, al menos desde la perspectiva de los principios y criterios que regulan la representación contable, carece de toda justificación el régimen privilegiado de las plusvalías.

#### 2.4.2.2. Readquisición de elementos patrimoniales.

Cuando el elemento cuya transmisión dio lugar a la renta positiva que se pretende acoger a la reinversión es adquirido de nuevo por la entidad transmitente o utilizado a título de arrendamiento u otro similar, surgen un conjunto de gastos, sean amortizaciones o cánones arrendaticios, cuya deducción no puede simultanearse con la deducción por reinversión. Así, la norma prevé que la inclusión de la renta positiva, derivada de la transmisión de tales elementos, en la base de deducción, es «... incompatible con la deducción de dichos gastos...».

Corresponde al obligado tributario elegir entre la deducción de los gastos y la integración en la base de la deducción de la renta positiva.

Naturalmente, el supuesto solo acontece cuando la transmisión del elemento patrimonial posteriormente utilizado ha determinado, en sede de la entidad que pretende el incentivo fiscal, un resultado contable. Por el contrario, cuando la referida transmisión no es constitutiva de una baja en el sentido contable, no ha lugar la deducción por reinversión, puesto que no existe renta positiva. Así acontece en el supuesto de venta con arrendamiento financiero posterior, en el sentido de la norma de valoración 8.<sup>a</sup> 3 del Plan General de Contabilidad. Por tanto, en el denominado *lease back*, la norma de incompatibilidad no se aplicará debido a que «... el arrendatario no variará la calificación del activo, ni reconocerá beneficios ni pérdidas derivadas de esta transacción...». Sencillamente, no ha lugar la deducción por reinversión por no existir renta positiva.

Ya ha llovido mucho, pero se recordará aquella disputa que a mediados de los ochenta del pasado siglo se desencadenó a propósito del pretendido disfrute simultáneo de la exención por reinversión y la deducción de la cuota de recuperación de coste y gastos financieros en el supuesto del *lease back*, finalmente resuelta a favor de la Administración tributaria. Hoy en día, con un IS firmemente asentado en la realidad de la representación contable, y una contabilidad que ha de reflejar la realidad económica de las operaciones y no solo su forma jurídica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 34.2 del Código de Comercio, tal conflicto parece de imposible planteamiento.

Por todo ello, la norma de incompatibilidad tendrá un ámbito de aplicación muy reducido. Así, será preciso que la transmisión del elemento patrimonial concernido determine la baja contable, pues solo en tal caso se podrá presentar la renta positiva, pero la posterior recompra o arrendamiento, según sus características y pactos conexos, es posible que sean impeditivos de tal baja.

Por otra parte, el supuesto de hecho que determina la aplicación de la incompatibilidad podría, según los casos, incluso caer en el ámbito de aplicación del conflicto del artículo 15 de la Ley General Tributaria o, tal vez, directamente contrariar el espíritu y finalidad de la propia deducción por reinversión del artículo 42 del TRLIS.

En este sentido, la norma de incompatibilidad, más que en el contexto de la economía de la deducción por reinversión, debería inscribirse en el elenco de las normas antiabuso específicas.

Sea como fuere, la propia existencia de la norma específica inhabilita la aplicación de una norma general antiabuso en relación con el mismo supuesto de hecho, pues la norma especial prevalece sobre la general, de manera tal que el efecto jurídico del meritado supuesto de hecho es la incompatibilidad.

Corresponde al obligado tributario optar entre la deducción por reinversión y la deducción del gasto, debiendo notarse que la norma no restringe el ejercicio de la opción al momento de la presentación de la declaración.

#### 2.4.2.3. Corrección monetaria.

Finalmente, el importe de la depreciación monetaria, del artículo 15.9 del TRLIS, tampoco forma parte de la base de cálculo. Muy probablemente esta exclusión era innecesaria, habida cuenta de que el importe de la denominada corrección monetaria no se integra en la base imponible.

#### 2.4.3. Rentas derivadas de la transmisión de valores extranjeros.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del TRLIS, la renta obtenida en la transmisión de una participación significativa sobre una entidad extranjera está exenta bajo el cumplimiento de determinados requisitos. La exención determina que no se integre la renta positiva en la base imponible. Por tanto, no podrá formar parte de la base de cálculo de la deducción por reinversión.

Por el contrario la renta positiva que se integre en la base imponible también podrá hacerlo en la base de cálculo de la deducción por reinversión. Por tanto, no existe incompatibilidad entre la deducción por reinversión y el régimen de exención del artículo 21 del TRLIS, sino entre la no integración de la renta positiva derivada de la exención establecida en dicho precepto y la base de cálculo de la deducción por reinversión.

Se sigue de lo expuesto que podrá disfrutar de la deducción por reinversión la parte de renta positiva integrada en la base imponible, lo cual acontecerá en aquellos casos en los que media alguno de los supuestos de restricción a la exención contenidos en el apartado 2 del artículo 21 del TRLIS, sin perjuicio de lo que, respecto del previsto en la letra b), se comentó anteriormente sobre las correcciones de valor.

Un caso merecedor de especial consideración es el descrito en la letra c) del artículo 21. En este supuesto, la renta positiva derivada de la transmisión de la participación se integra en la base imponible porque previamente se ha integrado una renta negativa, en relación con la misma participación, a consecuencia de una transmisión anterior de la misma entre entidades del mismo grupo a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio.

En buena lógica, esa renta positiva no debería ser apta para la base de cálculo de la deducción por reinversión, pues la pérdida intragrupo y la corrección de valor tienen la misma significación. Ambas representan una minoración de la base imponible por causa del deterioro de la participación, si bien se ponen de manifiesto de manera diferente.

Sin embargo, al no existir norma alguna que excluya dicha renta positiva de la base de cálculo de la deducción por reinversión, la literalidad de la norma no lleva a su exclusión.

#### *2.4.4. Rentas derivadas de la transmisión con precio aplazado.*

El artículo 19.4 del TRLIS prevé la imputación temporal de las rentas positivas derivadas de «... operaciones a plazo o con precio aplazado... a medida que se efectúen los correspondientes cobros...».

Esta norma, cuyo origen data del Reglamento de 1982, puesta en relación con la condición de que la renta positiva se integre en la base imponible para, a su vez, ser base de cálculo de la deducción por reinversión, determina la exclusión de dicha base de la renta positiva correspondiente al precio no cobrado. La inclusión será pertinente en el período impositivo en el que se produzca el cobro.

#### *2.4.5. Operaciones vinculadas.*

Cuando la renta positiva se obtiene en una operación de carácter vinculado, la norma establece que «... A los solos efectos del cálculo de esta base de deducción, el valor de transición no podrá superar el valor de mercado...».

La norma parcialmente transcrita se refiere a todo tipo de operaciones, esto es, tanto vinculadas como realizadas con terceros, pero en estas últimas difícilmente se presentará un valor de transmisión superior al de mercado, habida cuenta de la contraposición de intereses entre las partes intervinientes. Puede, no obstante, en operaciones plurales complejas aparecer un valor convenido superior al de mercado que es compensado por un valor inferior al de mercado en otra u otras de las operaciones concatenadas.

En este caso, sin necesidad de acudir a una norma antiabuso general, la base de cálculo de la deducción por reinversión se minorará en el importe del exceso del valor de mercado sobre el valor convenido.

No existe una regla inversa, de manera tal que si, en el marco de dicha operación compleja, el valor convenido de la transmisión determinante de la renta positiva fuere inferior al valor de mercado, la renta positiva no será objeto de modificación.

Con todo, la desviación entre el valor convenido y el valor de mercado se producirá, por regla general, en el contexto de las operaciones realizadas entre partes vinculadas. Por tanto, debemos interpretar dicha norma tomando en consideración el régimen de las operaciones vinculadas previsto en el artículo 16 del TRLIS.

Sabido es que, tras la reforma introducida por la Ley 36/2006 en el régimen de las operaciones vinculadas, la valoración por el valor normal de mercado es obligada, y que también lo es efectuar la calificación pertinente en el contexto de las operaciones realizadas entre entidades relacionadas por vínculos jurídicos propios del contrato de sociedad. Al tiempo, la norma de valoración 21.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad prevé que los elementos patrimoniales involucrados en una operación entre partes vinculadas se valoren por el valor razonable, y que en el reflejo de los hechos contables acaecidos se tome en consideración el principio de prevalencia del fondo sobre la forma.

Así, cuando una filial transmita a su matriz un elemento patrimonial por debajo de su valor razonable tal vez la calificación de la diferencia entre el valor razonable y el valor convenido sea la de dividendo, y si el sentido de la transmisión es el inverso, tal vez la calificación apropiada sea la de aportación. Y cuando la transmisión se realice por un valor convenido superior al valor razonable, el orden de las mencionadas calificaciones se invierte.

En todos estos casos la contabilidad recogerá la renta positiva o negativa realmente habida, así como las restantes mutaciones patrimoniales, en atención a la verdadera naturaleza jurídica y económica de las operaciones efectuadas.

En rigor, la renta que verdaderamente existe es la que se desprende de la representación contable, la cual, considerando que la norma contable impone el valor razonable, coincide con la definida fiscalmente. Esta renta será la que deba formar parte de la base de cálculo de la deducción por reinversión. Poco importa si tal renta en su totalidad o en parte ha sido transferida en favor de la entidad matriz (dividendo) o de la entidad filial (aportación), lo relevante es que la renta existe, tanto

contable como fiscalmente, y que para obtenerla ha sido necesario transmitir un elemento patrimonial cualificado para la deducción por reinversión.

Lo relevante, por tanto, a efectos de la base de cálculo de la deducción por reinversión, es la renta positiva que luce en contabilidad.

Así, cuando la entidad filial transmite a la entidad matriz por encima del valor razonable o es la entidad matriz la que lo hace, la renta positiva que ha de reflejar la contabilidad no es la diferencia entre el valor convenido y el valor contable, pues la renta positiva realmente existente es la que va desde el valor contable al valor razonable, de manera tal que la entidad filial reflejará la diferencia entre el valor convenido y el valor razonable como una aportación recibida, y la entidad matriz como un dividendo.

Bien se comprende que el razonamiento precedente no toma su fundamento en la norma que sobre operaciones vinculadas se contiene en el apartado 7 del artículo 42 del TRLIS, pero, desde luego, no es incongruente con lo que en el mismo se establece.

Este precepto, en efecto, se ocupa de que la base de cálculo de la deducción por reinversión se reduzca cuando el valor convenido excede del valor de mercado. Ahora bien, cuando esto suceda, la entidad transmitente no obtiene una renta positiva medida por la diferencia entre el valor convenido y el valor contable, sino entre este último y el valor razonable, y de aquí que la base de cálculo de la deducción por reinversión, en cuanto ceñida a la renta positiva realmente habida, no pueda comprender la diferencia entre el valor convenido y el valor razonable.

En suma, la regla del apartado 7 del artículo 42 es plenamente acorde con la regulación que de las operaciones vinculadas se establece en el artículo 16 del TRLIS, y este, a su vez, lo es con la regulación contable, que es la que, en definitiva, sustentada en un principio de racionalidad, como es el de preferencia del fondo sobre la forma, presta plena coherencia y soporte fundamental a toda la argumentación concerniente a la configuración de la base de cálculo de la deducción por reinversión en el contexto de las operaciones entre partes vinculadas.

Ahora bien, la regla del apartado 7, con ser correcta, es parcial, pues no aborda el supuesto contrario, esto es, aquel en el que el valor convenido es inferior al de mercado. Así las cosas, una interpretación en sentido contrario podría llevar a la conclusión de que la base de cálculo de la deducción por reinversión debería limitarse a la diferencia entre el valor convenido y el valor contable, aun cuando la renta positiva derivada de la operación, tal y como se infiere de las normas contables y, consiguientemente, de la correcta representación contable, fuere superior, por serlo el valor razonable respecto del valor convenido.

Pero también podría sostenerse que la base de cálculo de la deducción por reinversión debe ser igual a la renta positiva integrada en la base imponible, de manera tal que cuando el valor convenido es inferior al valor de mercado, se tomará, a efectos de determinar la base de cálculo de la deducción, el valor de mercado o valor razonable.

Por tanto, de acuerdo con la interpretación precedente, en todo caso se tomaría como valor de referencia para determinar la base de cálculo de la deducción el valor razonable.

La congruencia entre la regulación de las operaciones vinculadas y la determinación de la base de cálculo de la deducción por reinversión solo puede lograrse aceptando que esta última coincida con la renta positiva integrada en la base imponible, por tanto, la determinada de acuerdo con las normas relativas a las operaciones vinculadas, la cual, por otra parte, coincidirá, en términos generales, con la renta reflejada en los libros de contabilidad.

El inciso final del párrafo primero del apartado 7 del artículo 42 del TRLIS no cierra el paso a dicha interpretación, pero la dificulta.

#### *2.4.6. Operaciones en el régimen de los grupos fiscales.*

Cuando la transmisión determinante de la renta positiva se produce en el seno de un grupo fiscal, el artículo 75.2 del TRLIS excluye la deducción por reinversión. Ello se debe a que la renta positiva no se integra en la base imponible consolidada, a causa de la eliminación por operaciones internas.

La deducción por reinversión procederá, aun cuando nada especifique la norma, cuando el elemento patrimonial se transmita a terceros. En este caso, la base de cálculo será la renta positiva integrada en la base imponible consolidada, por tanto, incluida la eliminación en su día practicada.

#### *2.4.7. Operaciones en el régimen especial de fusión y operaciones asimiladas.*

Las rentas derivadas de las operaciones acogidas al régimen especial del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS no se integran en la base imponible. Por tanto, no pueden fundamentar la deducción por reinversión. Ahora bien, el artículo 84.2 del TRLIS permite la integración en la base imponible de dichas rentas, a elección del obligado tributario.

En tal caso, sí procederá, en su caso, la deducción por reinversión, siendo la base de cálculo la diferencia entre el valor razonable o valor de mercado y el valor contable.

### **2.5. Requisitos formales.**

El apartado 10 del artículo 42 del TRLIS obliga a incluir en la memoria de las cuentas anuales el importe de la renta acogida a la deducción por reinversión y la fecha de la reinversión. Esta mención deberá reiterarse mientras se halle vivo el plazo de mantenimiento de la reinversión.

Con esta mención se persigue que la Administración tributaria se halle informada de que existe una obligación de mantenimiento de la reinversión todavía no agotada.

## 2.6. Aplicación en el tiempo de la deducción por reinversión.

El número 2 de la disposición adicional octava de la Ley 16/2007 regula la aplicación en el tiempo de la nueva redacción del artículo 42 del TRLIS.

Por otra parte, los apartados 11 y 12 del artículo 42 del TRLIS y su disposición transitoria vigésimo quinta regulan un conjunto de materias que se refieren a aspectos de la aplicación de la nueva redacción de dicho precepto en el tiempo.

### 2.6.1. Redacciones de la Ley 35/2006 y de la Ley 16/2007.

La disposición final segunda de la Ley 35/2006 dio nueva redacción al artículo 42 del TRLIS, «... con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2007...», pero la disposición adicional octava.2 de la Ley 16/2007 establece que la nueva redacción del artículo 42 del TRLIS tiene efectos respecto de «... los períodos impositivos que se hayan iniciado a partir de 1 de enero de 2007...».

Al margen de los comentarios que pueda suscitar tan singular episodio legislativo, parece claro que la redacción contenida en la Ley 35/2006 no será, en absoluto, aplicable. Tal vez el caso de períodos impositivos abiertos a partir de 1 de enero de 2007 y concluidos antes de la publicación de la Ley 16/2007 podría suscitar cierta duda, que, se opina, debería resolverse en favor de la aplicación de la redacción prevista en la Ley 16/2007.

En fin, la redacción del artículo 42 del TRLIS establecida en la Ley 35/2006 no ha tenido efectiva vigencia.

### 2.6.2. Períodos impositivos iniciados antes de 1 de enero de 2007.

Cuando la renta positiva se integre en la base imponible de períodos impositivos iniciados antes de 1 de enero de 2007, se aplicará la redacción vigente a 31 de diciembre de 2006.

Generalmente, la renta positiva se integra en el período impositivo en el que se produce la transmisión. Por tanto, cuando la transmisión se realiza en 2006 y anteriores, regirá en su plenitud la redacción vigente a 31 de diciembre de 2006, aun cuando la reinversión se realice en 2007 o posteriores.

### 2.6.3. Sintonía con el tipo nominal de gravamen.

En relación con los períodos impositivos iniciados en 2007, el tipo general de la deducción por reinversión, esto es, el 12 por 100, será del 14,5 por 100, puesto que el tipo general de gravamen es del 32,5 por 100 en dichos períodos impositivos; de esta manera, el tipo efectivo de gravamen sobre las plusvalías será del 18 por 100.

#### 2.6.4. Incompatibilidad con la partida deducible por fondo de comercio financiero.

De acuerdo con lo previsto en la nueva redacción de la disposición transitoria vigésimo quinta del TRLIS, la incompatibilidad entre la deducción por reinversión y la deducción del artículo 12.5 del TRLIS, «... no será de aplicación a las reinversiones realizadas en los períodos impositivos iniciados dentro de 2007, cualquiera que sea el período impositivo en el que se practique la corrección de valor...».

Por tanto, la incompatibilidad no se aplica en relación con las participaciones adquiridas en 2007, cualquiera que sea el período impositivo en el que se realizó la transmisión o en el que se integró la renta positiva en la base imponible.

### 3. REDUCCIÓN DE INGRESOS PROCEDENTES DE DETERMINADOS ACTIVOS INTANGIBLES

El número Ocho del apartado 1 de la disposición adicional octava de la Ley 16/2007 incorpora una nueva redacción del artículo 23 del TRLIS, con el objeto de establecer un nuevo incentivo fiscal.

El incentivo fiscal consiste en una minoración de la base imponible.

#### 3.1. Rasgos básicos del incentivo fiscal.

El apartado 1 del artículo 23 del TRLIS establece que «... los ingresos procedentes de la cesión del derecho de uso o de explotación de patentes, dibujos o modelos ... se integrarán en la base imponible en un 50 por 100 de su importe...».

Puesto que la norma se refiere a los ingresos, y no a la renta derivada de la cesión, la reducción se predica respecto del canon derivado de la cesión, y no de la renta inherente a la misma, máxime si consideramos que las normas contables establecen el principio de no compensación de ingresos y gastos (Marco conceptual, 3.º Principios contables.5). No obstante, tal vez pudiera interpretarse que es la renta derivada del ingreso y no este último la magnitud sobre la que versa el incentivo fiscal, puesto que se establece un requisito, consistente en que la entidad disponga de los registros contables «... para poder determinar los ingresos y gastos, directos e indirectos, correspondientes a los activos objeto de cesión...», que solo cobra sentido pleno si la minoración se refiere a la renta derivada de la cesión.

Sin embargo, también pudiera entenderse que tal requisito se establece exclusivamente en relación con el límite previsto en el apartado 2, de manera tal que el ingreso constituirá la magnitud a minorar.

La renta cualificada es la derivada de la cesión de uso o explotación de los siguientes conceptos:

- Patentes.
- Dibujos, modelos y planos.
- Fórmulas y procedimientos secretos.
- Derechos sobre informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

A modo de norma didáctica, se indica en el apartado 4 que no dan derecho a reducción los siguientes elementos:

- Marcas.
- Obras literarias, artísticas o científicas.
- Películas cinematográficas.
- Derechos personales susceptibles de cesión.
- Derechos de imagen.
- Programas informáticos.
- Equipos industriales, comerciales o científicos.

En líneas generales puede señalarse que el incentivo versa, esencialmente, sobre los ingresos derivados de patentes y asimilados.

### 3.2. Requisitos del incentivo fiscal.

El disfrute del incentivo fiscal está supeditado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La entidad ha de ser creadora de los activos objeto de la cesión.

Por tanto, los ingresos derivados de la intermediación o tráfico sobre este tipo de derechos no reducirán la base imponible. En consecuencia, el incentivo no se crea para atraer a territorio español entidades meramente tenedoras de patentes. Si el incentivo tiene un componente de fiscalidad atractiva para no residentes, lo que se quiere atraer es la actividad de investigación que concluya o pueda concluir en patentes o asimilados.

- La entidad cesionaria debe aplicar los derechos de uso a la realización de actividades económicas.

Por tanto, si la entidad cesionaria realiza funciones de mera intermediación, no procede la reducción.

Por otra parte, aun cuando se cumpla tal requisito, tampoco procederá la deducción si, estando vinculadas ambas entidades, la entidad cesionaria presta servicios o entrega bienes a la cedente que determinen gastos fiscalmente para la misma. Con este requisito parece que lo que se persigue es evitar la generación de una renta negativa en sede de la entidad cedente.

Nótese que la vinculación entre las entidades cedente y cesionaria no es impeditiva del incentivo fiscal. Lo que lo impide es que la entidad cedente soporte gastos por causa de la adquisición de bienes o servicios a la entidad cesionaria para cuya obtención haya sido aplicada la patente o elemento asimilado. En suma, la renta objeto del incentivo fiscal no puede, a su vez, ser gasto deducible.

Si la finalidad de la restricción es clara, no lo es tanto la forma en como debe operar. ¿Basta el más leve gasto para que se frustre el incentivo en su totalidad? ¿En que período o períodos impositivos ha de producirse el gasto inhabilitante? Parece que todas estas cuestiones y otras más del mismo rango, ante la imprecisión normativa, tal vez deban enfocarse desde la óptica del principio de proporcionalidad.

- Especificación del precio de la cesión, cuando en un mismo contrato se incluyan prestaciones accesorias de servicios.

Nótese que el requisito de especificación conlleva, de manera implícita, que las entidades contratantes sean rigurosas en relación con la asignación del precio entre los distintos objetos contractuales. Si no lo fueran la finalidad del incentivo fiscal podría ser desbordada. Inflar la contraprestación de la cesión de la patente y compensarla con la correspondiente a los servicios aleatorios no sería correcto. Por tanto, en la obligación de diferenciación del precio está implícito el requerimiento de que la misma se realice de acuerdo con criterios objetivos. Si así no fuere, la situación tributaria deberá ser restablecida por medio de la facultad de valoración a que se refiere el artículo 57 de la Ley General Tributaria.

La norma que, a modo de requisito para el disfrute del incentivo fiscal, obliga a diferenciar, solo opera cuando en un mismo contrato se convenga la cesión y la prestación de servicios accesorios.

Cuando entre las partes contratantes medien, además de la cesión del uso de patentes y asimilados, otras relaciones contractuales, incluso de prestación de servicios accesorios en relación con la patente, documentadas en contratos diversos, el requisito no opera. Mas, si se hubiere producido una distorsión en la fijación del precio de las diferentes relaciones contractuales para amparar un exceso en el precio de la cesión de uso, no parece que la cortedad de la norma portadora del requisito pueda impedir el ejercicio de la facultad de valoración en los términos previstos en el artículo 57 de la Ley General Tributaria.

Se sigue de lo expuesto que el requisito, antes que salir eficazmente al paso de los posibles abusos, siembra alguna duda respecto de la utilización de los remedios para neutralizarlos, que, en lo esencial, descansan sobre la potestad de valoración mencionada.

- Llevanza de los registros contables adecuados para poder determinar los ingresos y los gastos, directos e indirectos, correspondientes a los activos objeto de cesión.

El requisito se concreta en la necesidad de llevar y mantener una contabilidad de costes referida a la creación y explotación de los activos concernidos.

- Los ingresos deben proceder de la cesión de uso.

En consecuencia, los ingresos derivados de la cesión plena no darán lugar al incentivo fiscal. Para determinar si se trata de una cesión plena o de uso habrá de estarse a la realidad de lo convenido entre las partes. A tal efecto, pueden prestar una apreciable ayuda los criterios determinantes de la baja de activos contenidos en el Plan General de Contabilidad.

La cesión del derecho de uso sobre alguno de los elementos del intangible más arriba señalados puede encauzarse a través de cualquier negocio jurídico idóneo. Así, el arrendamiento, pero tal vez también una compraventa asociada a un pacto de retrocesión no opcional, o una aportación del derecho de uso, cuando en uno y otro caso se consigan los efectos prácticos de la cesión del derecho de uso. Y tal vez también el contrato de contribución a la financiación de los costes para la generación del intangible, cuyo derecho de uso se asegura de esta manera.

### 3.3. Ingresos afectados por la reducción.

Aunque pudiera sostenerse que es la renta lo que debe minorarse por causa del incentivo fiscal, tal vez sea más acorde con el conjunto de lo regulado en el artículo 23 entender que es el ingreso la magnitud que debe minorarse. En este caso, es posible que el incentivo fiscal determine la concurrencia de bases imponibles negativas.

El apartado 2 establece un límite cuantitativo, pues, en efecto, la reducción no se aplicará «...a partir del período impositivo siguiente a aquel en que los ingresos procedentes de la cesión de cada activo, computados desde el inicio de la misma que hayan tenido derecho a reducción, superen el coste del activo creado multiplicado por seis...».

Esta norma establece un límite respecto de la cuantía del ingreso que puede disfrutar del incentivo fiscal, superado el cual el ingreso derivado de la cesión se integrará plenamente en la base imponible.

El coste del activo creado es el inicial, de manera tal que la amortización o el posible deterioro que, con posterioridad, pudiera sufrir, son indiferentes.

Se trata de un límite cuantitativo, sin que el tiempo en el que se alcance tenga relevancia alguna.

### 3.4. Ingresos procedentes del extranjero.

El apartado 3 establece que, a los efectos de la deducción del impuesto extranjero que hubiera podido gravar el ingreso acogido al incentivo fiscal, deberá tomarse en cuenta la minoración.

Esta norma no parece contener sino una mera aclaración, tal vez superflua, pues no parece dudoso que el incentivo fiscal minorará el importe de la cuota íntegra correspondiente al ingreso incentivado.

### 3.5. Régimen de consolidación fiscal.

Cuando, mediando el régimen de consolidación fiscal, el ingreso procede de operaciones intragrupo, «... los ingresos y gastos derivados de la cesión no serán objeto de eliminación para determinar la base imponible del grupo fiscal...».

La base imponible consolidada se determina mediante la suma de las bases imponibles individuales y la posterior eliminación de los resultados habidos en las operaciones internas. Tratándose, como es el caso, de una prestación de servicios, la eliminación se produce de manera automática, puesto que tal operación genera ingresos y gastos simétricos que se integran en las bases imponibles individuales. Precisamente tal integración surte el efecto propio de la eliminación. No parece que el objetivo de la norma sea impedir la integración en las bases imponibles individuales de dichos ingresos y gastos, y de aquí que surjan dudas respecto del sentido e interpretación que deba darse a la norma.

Si la base imponible consolidada se determinase en función del resultado contable consolidado, el sentido de la norma sería claro, a saber, impedir la eliminación de un ingreso que tiene una eficacia fiscal reducida frente a la plena eficacia del correlativo. Pero la base imponible consolidada no se determina así.

Cualquiera que sea la interpretación que deba darse a tal norma, parece que lo correcto, de acuerdo con el contenido del incentivo fiscal, es computar el ingreso derivado de la cesión de uso en su mitad a los efectos de la determinación de la base imponible individual de la entidad cedente, y el correlativo gasto plenamente a los efectos de la determinación de la base imponible individual de entidad cesionaria.

### 3.6. Declaración previa de compatibilidad con el ordenamiento comunitario.

La disposición adicional novena de la Ley 16/2007 supedita la aplicación del incentivo fiscal a la declaración previa de compatibilidad con el Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

## 4. CONCLUSIONES

El año 2007 ha traído relevantes modificaciones al IS. La más señera ha sido la adaptación del TRLIS a la reforma contable. La nueva regulación de la deducción por reinversión y el nuevo incentivo fiscal para la cesión del uso de patentes y asimilados también son significativas.

La nueva regulación de la deducción por reinversión persigue el objetivo de gravar de manera liviana únicamente las plusvalías no especulativas, en cuanto asociadas a elementos afectos establemente a la realización de actividades económicas, en línea con el rumbo que había tomado la doctrina administrativa. La nueva redacción del artículo 42 del TRLIS es una exhibición de técnica tributaria al servicio de dicho objetivo. Este es el haber de dicho precepto. Pero también supone un alejamiento todavía mayor de la regulación de las plusvalías en el IRPF, y de ahí es posible que se deriven estrategias fiscales, sobre cuya regularidad a priori nada cabe puntualizar, en relación con la forma de tenencia de los elementos patrimoniales cualificados, señaladamente los instrumentos de patrimonio y los solares y construcciones, en claro demérito de la neutralidad impositiva. Si a ello unimos la vuelta a la doble imposición de dividendos protagonizada por la Ley 35/2006, tal demérito se acentúa. Este es el deber del nuevo artículo 42 del TRLIS o, si se quiere, el del IRPF.

El nuevo incentivo fiscal nace con la vocación de incentivar la realización de actividades de investigación tendentes a la creación de patentes y asimilados, tal vez a modo de contrapunto y rectificación de la desaparición del incentivo por gastos de I+D en los términos previstos en la Ley 35/2006.

Un incentivo fiscal adelgaza y nace otro nuevo. Pero los problemas del IS requieren ulteriores desarrollos normativos.

Hoy sabemos que ningún Estado miembro de la Unión Europea ha replegado sus normas antisubcapitalización en el frente europeo, a diferencia de lo que hizo España, a raíz de la sentencia *Lanskhort*, mediante la Ley 62/2003. Tal repliegue perdura al día de hoy.

Las noticias que llegan de Alemania, Francia y Holanda advierten de profundas modificaciones en el ámbito de la subcapitalización. En todas ellas alienta la idea de que la carga financiera que pesa sobre una entidad perteneciente a un grupo de empresas está relacionada con la que soporta dicho grupo. Sería muy conveniente que el legislador fiscal español prestara atención a las mismas.

En síntesis, se puede afirmar que no existe otro coste financiero que aquel que el grupo satisface frente a terceros, y el secreto de una buena norma antisubcapitalización consiste en distribuir racionalmente dicho coste entre todas las entidades que se integran en el grupo de empresas. La racionalidad no puede asentarse sino en la vieja regla de que todo el pasivo financia indistintamente todo el activo, y el corolario es que el coste financiero ha de imputarse en función de los activos consolidados controlados por cada entidad del grupo de empresas. Sobre esta regla general pueden recono-

cerse excepciones basadas en factores tales como el peso en riesgo de los activos o la cadencia de flujos de efectivo que generan.

Las operaciones financieras, internas o externas, desde las más simples a las más sofisticadas, cualquiera que sea su motivación, finalmente producen un efecto respecto de la imputación contable de la carga financiera, y es ese efecto, y no las operaciones de las que se deriva ni su adecuación a unas presuntas pautas ortodoxas de financiación, el que debe ser pesado en el fielato construido sobre la regla de racionalidad esbozada, la cual, por otra parte, y en méritos a su propia contextura, satisface el principio de proporcionalidad, cuya concurrencia reclama la normativa comunitaria tal y como la interpretó la sentencia *Thin Cap Group* o la más reciente *Lammers*.

La Hacienda española, que fue en el contexto europeo pionera del régimen de consolidación fiscal, y avanzada en materia de transparencia fiscal internacional, la cual puede ser vista a modo de extensión internacional parcial y limitada de los efectos de la consolidación fiscal, ha de estar en buena disposición para incorporarse al elenco de los países señalados, mediante una modificación del artículo 20 del TRLIS, relativo a la subcapitalización, que descansa, aunque sea solamente en concepto de norma de cierre en el sentido de la norma alemana, en la filosofía del grupo de empresas.