

era necesario adoptar una respuesta clara a la nueva situación planteada ante el accidente del «Amoco Cadiz» por medio de la posible modificación del Convenio de 1910 o de la adopción de un nuevo Convenio. Ante esta situación, y con el impulso del Comité Jurídico de la Organización Marítima Internacional y del Comité Marítimo Internacional, se llegó a la aprobación definitiva del nuevo Convenio en la Conferencia Diplomática celebrada en Londres en abril de 1989. Así, por un lado, se le garantiza al salvador que el propietario de los bienes salvados, en caso de que el buque, ya sea por sí mismo o a causa de su carga, constituya una amenaza de daños al medio ambiente. Dicho pago se le garantiza aun en el caso de no tener éxito, tanto respecto al salvamento de bienes como respecto a los daños al medio ambiente. Además, se recoge la figura de la llamada «*compensación especial*», esto es, que además de reembolsarle sus gastos el salvador tendrá derecho a una bonificación adicional en caso de que logre efectivamente reducir o evitar los daños al medio ambiente.

Desde entonces la difusión internacional de este Convenio y de los principios que lo informan se ha realizado no sólo como consecuencia de su ratificación por gran parte de la comunidad marítima internacional, sino a través de la incorporación por vía contractual de sus principales artículos en las últimas ediciones de los contratos de salvamento LOF antes mencionados. Por ello, aunque nuestro país no hubiera ratificado este Convenio Internacional, sus disposiciones no habrían resultado en modo alguno extrañas para las empresas de navegación marítima, especialmente las dedicadas a la industria del salvamento y el remolque marítimo. Aunque su entrada en vigor en nuestro país llegará con notable retraso, bienvenida sea.

TOMÁS FERNÁNDEZ-QUIRÓS TUÑÓN (*)

CAMBIOS INTERPRETATIVOS EN LA DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN DEL ARTÍCULO 42 DEL TRLIS

Los beneficios fiscales a la inversión empresarial

La renovación de los activos empresariales exige con frecuencia la previa transmisión de los bienes

que se pretende renovar para financiar la adquisición de los nuevos activos. Como este proceso de desinversión puede generar rentas sujetas a tributación, la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en sus distintas versiones, ha ido estableciendo diferentes incentivos fiscales a la reinversión empresarial para evitar que la fiscalidad se convierta en un obstáculo a los planes de renovación empresarial.

Hasta el ejercicio 1995 y bajo la vigencia de la Ley 61/1978 se aplicó un régimen de exención en el que se eximía de tributación a las rentas generadas en la venta de activos que fueran objeto de renovación. Con la redacción original de la Ley 43/1995, la exención fue sustituida por un régimen de diferimiento, en el que se podía diferir la carga fiscal asociada a la venta de activos empresariales que fueran objeto de reinversión. Finalmente, desde el 1 de enero de 2002 y tras la reforma de la Ley 43/1995 por la Ley 24/2001, se introdujo un régimen de deducción, en el que se pretende equiparar, a condición de reinversión, el tipo de gravamen de las plusvalías empresariales al tipo al que tributan las ganancias patrimoniales a largo plazo en el IRPF —15 %.

Por tanto, en el régimen vigente en la actualidad y contenido en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades —TRLIS—, la renta obtenida en la transmisión de elementos del inmovilizado es gravada en su totalidad, pero la reinversión del precio obtenido da derecho a una deducción en cuota del 20 % de la renta obtenida, con lo que en la práctica se somete dicha renta a un tipo efectivo del 15 %.

El supuesto de hecho que habilita para la aplicación de esta deducción consiste en la transmisión onerosa de elementos del inmovilizado material o inmaterial, o de valores representativos de la participación en los fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 % sobre su capital. En ambos casos, es necesario que los activos transmitidos se hubieren poseído, al menos, con un año de antelación.

La deducción en cuota del 20 % de la renta generada en la transmisión podrá aplicarse en el ejercicio en que se produzca la reinversión del importe obtenido en activos comprendidos entre algunos de los siguientes grupos:

- (i) elementos del inmovilizado material o inmaterial afecto a actividades económicas; y
- (ii) valores representativos de la participación en el capital o fondos propios de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 %

* Abogado del Departamento del Transporte de Uría Menéndez (Barcelona).

con exclusión de los valores que no otorguen participación en el capital, y de los representativos de fondos propios de entidades residentes en paraíso fiscal.

La reinversión deberá efectuarse dentro del plazo comprendido entre el año anterior a la fecha de la transmisión y los tres años posteriores.

Línea interpretativa mantenida por la Dirección General de Tributos

Hasta fechas recientes la Dirección General de Tributos había venido interpretando los requisitos para la aplicación de este régimen de forma apegada a la literalidad de su regulación legal, lo que permitía a los contribuyentes disponer de un amplio margen para cumplir el requisito de reinversión dada la parquedad de esta regulación cuando el compromiso de reinversión se materializa en la adquisición de valores representativos de una participación del 5 % en el capital o fondos propios de una sociedad.

En efecto, con las distintas consultas que la Dirección General de Tributos había venido emitiendo en esta materia, la interpretación más acorde con la posición administrativa era la de que con la adquisición de acciones representativas del 5 % del capital de una entidad se cumplía la condición de reinversión establecida en el artículo 42 del TRLIS con independencia de cuál fuera la contraprestación entregada a cambio del capital, qué participación tuviera la sociedad inversora antes de la adquisición, o cuál fuera el destino que diera al importe reinvertido.

Así, se había admitido que la toma de una participación del 5% en el capital de una sociedad podía tener lugar no sólo por adquisición derivativa de terceros, sino por suscripción en una ampliación de capital. En este sentido, la consulta 1759/2004, de 21 de septiembre, afirmaba que «[...] la suscripción de acciones en una ampliación de capital es apta para materializar la reinversión siempre que los valores suscritos representen el 5% del capital ampliado» sin que fuera óbice para ello el hecho de que la sociedad inversora tuviera la totalidad del capital social de la sociedad participada antes de la ampliación. Por su parte, la consulta 2525/2003, de 30 de diciembre, no sólo mantenía el mismo criterio sino que aclaraba, además, que el cumplimiento del requisito de reinversión no se vería afectado por el destino que la entidad participada diera a los fondos recibidos.

También se había aceptado que las transmisiones de elementos patrimoniales efectuadas en el marco de

las operaciones societarias referidas en el artículo 15 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (fusión, escisión, aportación no dineraria, permuta, etc.) podían considerarse «transmisiones onerosas» a efectos de reinversión y que podía entenderse cumplido el requisito de reinversión si los elementos recibidos en estas operaciones se encontraban dentro de los admitidos por la Ley como activos aptos para reinversión. Este criterio, que se encuentra ya una consulta de 5 de julio de 1991, fue posteriormente refrendado en consulta 2390/2003, de 19 de diciembre.

Y en consultas números 2237/2001, de 17 de diciembre, y 1840/2004 de 1 de octubre, la Dirección General de Tributos entendió que el compromiso de inversión puede cumplirse mediante la adquisición de una participación superior al 5 % en el capital social de una SICAV dedicada a la gestión de fondos de inversión.

Cambio de tendencia en la interpretación de la Dirección General de Tributos

Recientemente, no obstante, la Dirección General de Tributos está adoptando una línea interpretativa en la que, alejándose del tenor literal de la Ley y haciendo una interpretación pretendidamente finalista del artículo 42 del TRLIS, exige la concurrencia de una intención inversora ajena a la obtención del incentivo fiscal como requisito inexcusable para su aplicación.

Así, ha mantenido:

(i) que la adquisición de un 5 % del capital en la constitución de una entidad no puede considerarse materialización de la reinversión cuando la toma de participación no responde a una razón económica, sino más bien a conseguir un ahorro fiscal al margen de cualquier efecto jurídico o económico relevante (consulta 2108-2004, de 30 de diciembre);

(ii) que en el caso de una aportación no dineraria de inmuebles en el que la entidad aportante es el socio único de la entidad que recibe la aportación, la adquisición del capital ampliado de esta última entidad no se puede calificar como materialización de la inversión (consulta 5-2005, de 13 de enero); o

(iii) que la adquisición a los propios socios de participaciones de otra entidad con la que tiene vinculación no es apta para materializa el requisito de reinversión cuando la toma de participa-

ción no responde a una razón económica (consulta 32-2005, de 1 de febrero).

Y en el último hito de esta nueva línea interpretativa, la Dirección General de Tributos rechaza, cambiando el criterio mantenido anteriormente, que la toma de participaciones en una SICAV dedicada a la gestión de fondos de inversión pueda considerarse materialización de la reinversión. La Dirección General de Tributos justifica su rechazo porque entiende que *«la toma de participación en la SICAV no responde a una razón económica, sino más bien a conseguir un ahorro fiscal al margen de cualquier efecto jurídico o económico relevante»* y porque, además, *«la actividad de la SICAV consiste en la gestión de fondos de inversión, los cuales están excluidos como activos aptos para materializar compromisos de reinversión»* (Consulta vinculante 0523-2005, de 30 de marzo).

El razonamiento común que la Dirección General de Tributos realiza en estas consultas parte de reconocer que el artículo 42 del TRLIS no exige ningún tipo de afección a actividades económicas cuando la reinversión se materializa en la adquisición de participaciones en el capital de otras entidades. No obstante, la DGT afirma que el que las participaciones como elementos de inmovilizado financiero no pueden «afectarse» a actividades económicas, no significa que esta operación *«no esté sujeta al cumplimiento de requisito alguno»*.

Así, continúa señalando la Dirección General de Tributos *«si toda inversión responde a una razón económica, igual acontecerá cuando la reinversión se realiza en adquisiciones de participaciones del capital de otras entidades, máxime cuando entre las personas o entidades que intervienen en la operación pudiera existir una relación de vinculación a efectos fiscales, de forma que esa transmisión puede no responder a tal razón, sino más bien a conseguir un ahorro fiscal al margen de cualquier efecto jurídico o económico relevante, en cuyo caso, no se entendería cumplido el requisito de reinversión»*.

Como puede observarse en todas estas consultas la Dirección General de Tributos introduce requisitos subjetivos que no se encuentran en el texto legal, de forma que para apreciar si se ha cumplido el requisito de reinversión con la adquisición de valores representativos del 5 % de los fondos propios de una entidad, hay que entrar a valorar si existe o no vinculación previa entre la entidad reinversora y aquella en la que se invierte, o si existía ya una participación significativa en dicha entidad, o —más difícil todavía— si la reinversión responde a razo-

nes económicas y tiene efectos jurídicos y económicos relevantes al margen del ahorro fiscal.

Pensamos que estos aditamentos a la receta original contenida en la Ley, sobre todo cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados, no favorecen la claridad y el rigor técnico en la aplicación del sistema tributario. Sobre todo porque para evitar excesos y abusos de las leyes tributarias, los órganos administrativos responsables de su aplicación ya cuentan con instrumentos *ad hoc*, como son las normas anti-abuso contenidas en los artículos 15 y 16 de la Ley General Tributaria que regulan, respectivamente, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la simulación.

El carácter vinculante de las consultas tributarias en la Ley General Tributaria de 2003

Y ello nos lleva a realizar algunas consideraciones finales sobre el carácter vinculante atribuido a las consultas tributarias escritas por la Ley General Tributaria de 2003.

Con la anterior Ley General Tributaria de 1963, la norma general era la del efecto no vinculante de las consultas. Esta no vinculación fue muy criticada por la doctrina que encontraba la situación poco favorecedora del principio de seguridad jurídica en materia tributaria y difícilmente justificable a la luz del principio de personalidad única de la Administración.

Para remediar esta situación, el artículo 89 de la Ley General Tributaria de 2003 establece que con carácter general la contestación de las consultas tributarias escritas tiene efecto vinculante para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de su aplicación. Esta vinculación, además, no se establece sólo respecto del interesado que formuló la consulta, sino que se extiende a cualquier otro obligado tributario en la medida en que exista identidad entre su situación y el supuesto de hecho planteado en la consulta, no se haya modificado la legislación o jurisprudencia aplicable al caso, y la consulta se hubiese formulado antes de la finalización del plazo establecido para el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones tributarias de que se trata.

Esta novedad de la Ley General Tributaria de 2003 fue saludada con auténtico alborozo por un sector doctrinal, que entendió que se reducirían las incertidumbres en la aplicación del complejo entramado de nuestro sistema tributario y que todo ello redundaría en una mayor seguridad jurídica para los contribuyentes.

No obstante, nos preguntamos si el efecto vinculante de las consultas es realmente eficaz para una mayor certeza en la interpretación y aplicación del Derecho tributario cuando la Dirección General de Tributos está haciendo gala de una facilidad pasmosa para cambiar su criterio en la interpretación de determinados aspectos del casi siempre complejo, a menudo deficiente, y en ocasiones contradictorio sistema tributario.

También nos preguntamos si con estas últimas consultas en esta u otras materias la Dirección General de Tributos se está extralimitando en las funciones que la Ley General Tributaria le encomienda dado que la consulta tributaria se configura como un instrumento para informar y asistir a los obligados tributarios en el cumplimiento de sus obligaciones y no como vehículo para dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes (para esto último existe un procedimiento *ad hoc* previsto en el artículo 12.3 de la Ley General Tributaria).

En cualquier caso, si el régimen de consultas vinculantes contenido en el artículo 89 de la Ley General Tributaria se va a convertir en una forma de paralegislación, convendría reconsiderar algunos de sus aspectos. Entre ellos, nos parecen de especial relevancia los siguientes:

- (i) los efectos temporales del cambio de criterio en las consultas; y,
- (ii) la posibilidad de enervar el efecto vinculante de las consultas, especialmente cuando contengan una interpretación que pueda considerarse contraria al principio de legalidad y perjudicial para los intereses del contribuyente.

GLORIA MARÍN BENÍTEZ (*)

MEDIDAS CAUTELARES EX PARTE EN ARBITRAJE INTERNACIONAL: LA REFORMA DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY MODELO UNCITRAL

Introducción

En 2005 el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional llegó a un acuerdo para reformar la Ley Modelo de Arbitraje Interna-

cional permitiendo a los tribunales arbitrales ordenar medidas cautelares sin audiencia de la contraparte (medidas cautelares *ex-parte*). Este giro legislativo ocurre cuando se cumplen 20 años de la aprobación de la Ley Modelo por la Asamblea General de la ONU. Para algunos, el cambio significa el abandono de la fórmula que impulsó en las últimas dos décadas el crecimiento exponencial del arbitraje a nivel mundial: la respetuosa distribución de atribuciones entre tribunales arbitrales y estatales. Otros, en cambio, consideran la reforma el paso natural y consecuente de la confianza depositada en el arbitraje por la comunidad de negocios internacional y, en todo caso, de la legitimidad ganada frente a la justicia estatal.

Relevancia de la reforma

La importancia de la reforma deriva directamente del papel estratégico que tienen las medidas cautelares en la resolución cualquier acción contenciosa. Es común por ejemplo, que al iniciar una acción — ó incluso antes de intentarla— exista la necesidad de congelar fondos que podrían ser transferidos al extranjero, proteger pruebas que de otra forma serían destruidas o evitar la venta del bien objeto del litigio. Su modificación en el estándar legislativo mundial podría representar la introducción de nuevos espacios y posibilidades dentro del abanico de estrategias procesales disponibles para las partes en un procedimiento arbitral. Facultades adicionales tienen el potencial de imprimir mayor celeridad y efectividad al procedimiento, pero una aplicación equivocada puede convertir estas facultades en la mejor arma para sepultar un laudo arbitral bajo múltiples impugnaciones en un tribunal estatal.

Régimen de Medidas Cautelares en Arbitraje Internacional

Las jurisdicciones estatales poseen amplia tradición regulando y emitiendo este tipo de medidas. Esta experiencia ha resultado en un consenso en la mayoría de jurisdicciones sobre la capacidad y legitimidad de los tribunales estatales para dictar medidas cautelares, así como sus efectos y alcances. Este consenso, no obstante, no tiene reflejo en el sistema arbitral internacional. Lo anterior se debe en gran medida a la naturaleza deslocalizada de los procedimientos arbitrales: al poder elegirse la sede del arbitraje, el régimen de medidas cautelares está sujeto a las variantes que impone la *lex fori*. Dicho de otra forma, en el arbitraje internacional no existe un

* Abogada del Departamento de Derecho Tributario de Uría Menéndez (Madrid).