

INCENTIVOS A LA CREACIÓN DE EMPRESAS EN EL ÁMBITO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Agustín Guillermo Turiel Martínez

Inspector de Hacienda del Estado

fecha de recepción: 24/02/2011
fecha de aceptación: 17/03/2011

Resumen

El trabajo se centra en el estudio de la deducción en el IRPF de las cantidades depositadas en cuentas ahorro-empresa, deducción creada en la Ley 36/2.003, de 11 de noviembre, y que se ha mantenido hasta la fecha. Partiendo de la base de que se trata de uno de los pocos incentivos fiscales existentes para la creación de empresas y, en concreto, de pequeñas empresas, se analizan las razones que motivaron su creación, el impacto económico que han supuesto y, fundamentalmente, se estudia cómo se configura esta deducción: los requisitos a observar, los importes deducibles, los plazos y la forma de practicar la deducción y los efectos que supone el incumplimiento sobrevenido de estos requisitos.

Palabras clave: Incentivos fiscales al ahorro para la constitución de empresas; IRPF; Beneficios fiscales; Deducciones; Deducciones en cuota; Deducciones por inversión; Cuenta ahorro-empresa; Sociedad Limitada Nueva Empresa; Pérdida de derecho a deducir; Gestión de deducciones en el IRPF.

Abstract

The work focuses on the study of the deduction on the IRPF of the quantities deposited in accounts on saving-company, deduction created in the Law 36/2.003, of November 11, and that has been kept up to the date. Departing from the base of which it is a question as one of few fiscal existing incentives for the entrepreneurship and, in I make concrete, of small enterprises, there are analyzed the reasons that motivated his creation, the economic impact that they have supposed and, fundamentally, there is studied how this deduction is formed: the requirements to observing, the deductible amounts, the period and the way of practising the deduction and the effects that there supposes the breach struck of these requirements.

Keywords: Fiscal incentives to the saving for the constitution of companies; IRPF; Fiscal benefits; Deductions; Deductions in quota; Deductions for investment; It counts saving-company; Limited company New Company; Loss of right to deduce; Management of deductions in the IRPF.

1. Introducción

Cuando se habla de imposición directa y de empresa familiar inmediatamente los ojos se vuelven hacia el Impuesto sobre Sociedades, olvidándose de que, tan importante como esa figura impositiva, es el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Y lo es por dos razones: en primer lugar porque el I.R.P.F. debería ser el impuesto natural de la más pura esencia de la empresa familiar, el del empresario, persona física que, con su propio patrimonio y sin limitar su responsabilidad se lanza al proceloso mundo de la aventura de emprender; en segundo lugar porque, los beneficios repartidos por una empresa familiar de forma societaria no van a otro sitio que a los bolsillos de la familia, personas físicas cuya imposición directa no es otra que el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El I.R.P.F. sin embargo no permanece ajeno a esa realidad. Es conocedor de que grava diferentes rentas percibidas por las personas físicas (las "personas naturales" que diría nuestro Derecho Civil) y sabe que es tenido en cuenta a la hora de tomar las decisiones económicas de las familias y sus empresas familiares. Por eso es cuidadoso a la hora de tratar la categoría de renta procedente de actividades económicas, el caso más puro de empresa familiar: el empresario individual, pero también lo es en la tributación de las rentas de capital (los beneficios repartidos por estas sociedades en forma de dividendos y análogos), sin olvidar que en muchas de esas estructuras económicas la participación de los miembros de las familias se realiza no sólo mediante el trabajo real de esas personas (que siempre lo es) sino mediante el trabajo, jurídicamente considerado, es decir, mediante una relación laboral remunerada que, para el perceptor constituye renta sujeta al impuesto. Como se ve en estas líneas, todo el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas afecta de alguna manera a la vida de la empresa familiar y a las familias que las sustentan.

No es objeto de este trabajo tratar todas estas implicaciones pues la tarea sería demasiado ardua, casi inacabable. Simplemente, vamos a centrar, por unos momentos, nuestra atención en un pequeño aspecto de nuestro Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: el de los incentivos que el Impuesto ofrece a quién quiere alcanzar la condición de empresario, es decir, la ayuda fiscal que el I.R.P.F. ofrece a quién, mediante su ahorro presente, quiere plantar la semilla de lo que será, en el futuro, una empresa familiar, o, quién sabe, incluso una gran transnacional.

2. Algunos aspectos interesantes a tener en cuenta

Como cualquier hacendista sabe los impuestos sirven a dos propósitos: por un lado al de "recaudar", es decir a obtener los ingresos suficientes para poder sostener los gastos del sector público; pero, por otro lado, los impuestos son instrumentos, también, de política económica: sirven para intentar cambiar el comportamiento de los ciudadanos, en tanto agentes económicos: para incentivar el que lleven a cabo ciertas conductas y para disuadirlos de que lleven otras.

Desde las primeras normas que regularon el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se vio claro que la vocación del legislador se centraba más en alterar el comportamiento económico de sus contribuyentes en tanto que consumidores que en cuanto que productores: el incentivo "estrella" desde las primeras leyes del Impuesto ha sido la adquisición de la vivienda, un bien de consumo duradero, al que, más tarde se unió el incentivo de planificación de la jubilación (los planes de pensiones), decisión de ahorro previsional que tiene que ver con el mantenimiento del nivel de vida de los ciudadanos una vez que han sido retirados de la vida laboral.

Esto no quiere decir que los contribuyentes que obtienen rentas estuvieran carentes de incentivos para la obtención de estas rentas: estos incentivos estaban presentes, pero dentro de la propia mecánica de cuantificación de la renta obtenida: evidentemente existen y siempre existieron incentivos para el trabajo personal, para las rentas inmobiliarias y, cómo no, para las rentas procedentes de una actividad económica¹, pero en forma de exenciones, reducciones, minoraciones... en el cálculo de ese tipo de rentas y sólo excepcionalmente se escapaban de ese campo para alcanzar otros elementos del tributo².

No es hasta el año 2003 cuando el legislador, tímidamente, abre la puerta en la Ley 36/2003, a un tímido incentivo al emprendedor. Y decimos tímido incentivo por los siguientes dos motivos:

En primer lugar porque de la amplia batería de incentivos con los que podría animar esta conducta (exención o tributación reducida de las rentas obtenidas en los primeros años, deducciones por aportaciones...) opta únicamente por una, consistente en premiar el ahorro destinado a crear una futura empresa, con una forma jurídica muy determinada, de entre todas las posibles formas jurídicas que esa nueva empresa podría adoptar.

En segundo lugar porque el legislador no se descabeza a la hora de diseñar el incentivo fiscal: le basta con copiar el previsto para la cuenta vivienda, beneficio con el que comparte vecindad (e incluso convivencia) en el articulado de la Ley.

¹ Normalmente mediante una remisión genérica a los incentivos previstos en el Impuesto sobre Sociedades, que hoy se encuentra en los artículos 68.2 y 69.2 de nuestra Ley.

² Como sucede precisamente en el caso de actividades económicas donde, la propia remisión a los beneficios previstos en el Impuesto sobre Sociedades, supone reconocer deducciones en la cuota del I.R.P.F. a aquellos empresarios que realicen determinados gastos e inversiones.

Con este planteamiento no debe sorprendernos que, en la declaración del I.R.P.F. de 2.006 (un año excepcional en crecimiento económico) el número de contribuyentes que se acogieron a este beneficio fiscal³ ascendiera a 1.719⁴ sobre un total de 17.840.783 declarantes, un porcentaje insignificante, que todavía es menor si examinamos los datos de la declaración por este impuesto en 2.008⁵: 1.161 contribuyentes se acogieron a esta deducción sobre un total de 19.398.981 declarantes⁶.

3. Redacción legal

Como comentamos anteriormente este incentivo vio la luz por vez primera en la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica (B.O.E. de 12 de noviembre de 2003). En su exposición de motivos ya se advertía que entre las medidas dirigidas a impulsar la actividad y creación de pequeñas y medianas empresas, *“en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se crea la figura de la «cuenta ahorro-empresa», que se configura como una cuenta de ahorro de características muy similares a la actual cuenta ahorro-vivienda”*.

Se justificaba esta medida en el marco de las recomendaciones lanzadas por la Unión Europea, diciendo que este incentivo fiscal *“nace para facilitar la creación de empresas mediante el fomento del espíritu emprendedor, siguiendo así las recomendaciones efectuadas por la Comisión Europea en el Libro Verde de «El espíritu empresarial en Europa» con el fin de contribuir a estimular al ahorrador español, de modo que éste reoriente su esfuerzo inversor hacia la creación y desarrollo de nuevos negocios mediante incentivos fiscales que potencien este tipo de ahorro”*.

En el aspecto puramente normativo, lo que hacía esta Ley era introducir un nuevo apartado (el 6) al artículo 55 de la que entonces era la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en vigor, la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del siguiente tenor:

“6. Deducción por cuenta ahorro-empresa.

Los contribuyentes podrán aplicar una deducción por las cantidades que se depositen en entidades de crédito, en cuentas separadas de cualquier otro tipo de imposición, destinadas a la constitución de una sociedad nueva empresa regulada en el capítulo XII de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, con arreglo a los siguientes requisitos y circunstancias:

1º El saldo de la cuenta ahorro-empresa deberá destinarse a la suscripción como socio fundador de las participaciones de la sociedad nueva empresa.

³ Datos estadísticos publicados en la página web de la Agencia Tributaria: www.agenciatributaria.es.

⁴ Consignando una deducción (estatal y autonómica), en su conjunto de 1.887.133 euros, es decir, una media de 1.097,8 euros por contribuyente, superior, a la media de las deducciones por vivienda que ese año se situó en 921 euros.

⁵ Último periodo con información estadística a la fecha de elaboración de este trabajo.

⁶ Y lo hicieron por un importe de 1.169.727 euros, sumando la parte estatal y la autonómica, lo que supone una media de 1.007,5 euros. La deducción media por adquisición de vivienda ese año bajó hasta los 816 euros.

Por su parte, la sociedad nueva empresa, en el plazo máximo de un año desde su válida constitución, deberá destinar los fondos aportados por los socios que se hubieran acogido a la deducción a:

- a) La adquisición de inmovilizado material e inmaterial exclusivamente afecto a la actividad, en los términos previstos en el artículo 27 de esta Ley.*
- b) Gastos de constitución y de primer establecimiento.*
- c) Gastos de personal empleado con contrato laboral.*

En todo caso, la sociedad nueva empresa deberá contar, antes de la finalización del plazo indicado con, al menos, un local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad y una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.

Se entenderá que no se ha cumplido lo previsto en este apartado cuando la sociedad nueva empresa desarrolle las actividades que se hubieran ejercido anteriormente bajo otra titularidad.

2º La base máxima de esta deducción será de 9.000 euros anuales y estará constituida por las cantidades depositadas en cada período impositivo hasta la fecha de la suscripción de las participaciones de la sociedad nueva empresa.

3º El porcentaje de deducción aplicable sobre la base de deducción a que se refiere el apartado 2º anterior será del 15 por 100.

4º La sociedad nueva empresa deberá mantener durante al menos los dos años siguientes al inicio de la actividad:

- a) La actividad económica en que consista su objeto social, no pudiendo reunir en dicho plazo los requisitos para tener la consideración de sociedad patrimonial.*
- b) Al menos, un local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad y una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.*
- c) Los activos en los que se hubiera materializado el saldo de la cuenta aborro-empresa, que deberán permanecer en funcionamiento en el patrimonio afecto de la nueva empresa.*

5º Se perderá el derecho a la deducción:

- a) Cuando el contribuyente disponga de cantidades depositadas en la cuenta aborro-empresa para fines diferentes de la constitución de su primera sociedad nueva empresa. En caso de disposición parcial se entenderá que las cantidades dispuestas son las primeras depositadas.*
- b) Cuando transcurran cuatro años, a partir de la fecha en que fue abierta la cuenta, sin que se haya inscrito en el Registro Mercantil la sociedad nueva empresa.*
- c) Cuando se transmitan "inter vivos" las participaciones dentro del plazo previsto en el apartado 4º anterior.*
- d) Cuando la sociedad nueva empresa no cumpla las condiciones que determinan el derecho a esta deducción.*

6º Cuando, en períodos impositivos posteriores al de su aplicación, se pierda el derecho, en todo o en parte, a las deducciones practicadas, el contribuyente estará obligado a sumar a la cuota líquida estatal y a la cuota líquida autonómica o complementaria devengadas en el ejercicio en que se hayan incumplido los requisitos las cantidades indebidamente deducidas, más los intereses de demora a que se refiere el artículo 58.2.c) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria.

7º Cada contribuyente sólo podrá mantener una cuenta aborro-empresa y únicamente tendrá derecho a la deducción por la primera sociedad nueva empresa que constituya.

8º Las cuentas aborro-empresa deberán identificarse en los mismos términos que los establecidos para el caso de las cuentas vivienda?

Esta redacción permanece prácticamente inalterada hasta el momento presente. Hoy se encuadra en el artículo 68.6 de la Ley 35/2.006, de 28 de noviembre, del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas (B.O.E. de 29 de noviembre) con la siguiente redacción en la que se hacen constar en nota las modificaciones:

“6. Deducción por cuenta aborro-empresa.

Los contribuyentes podrán aplicar una deducción por las cantidades que se depositen en entidades de crédito, en cuentas separadas de cualquier otro tipo de imposición, destinadas a la constitución de una sociedad Nueva Empresa regulada en el capítulo XII de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, con arreglo a los siguientes requisitos y circunstancias:

1º El saldo de la cuenta aborro-empresa deberá destinarse a la suscripción como socio fundador de las participaciones de la sociedad Nueva Empresa.

Por su parte, la sociedad Nueva Empresa, en el plazo máximo de un año desde su válida constitución, deberá destinar los fondos aportados por los socios que se hubieran acogido a la deducción a:

- a) La adquisición de inmovilizado material e inmaterial exclusivamente afecto a la actividad, en los términos previstos en el artículo 29⁷ de esta Ley.*
- b) Gastos de constitución y de primer establecimiento.*
- c) Gastos de personal empleado con contrato laboral.*

En todo caso, la sociedad Nueva Empresa deberá contar, antes de la finalización del plazo indicado con, al menos, un local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad y una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.

Se entenderá que no se ha cumplido lo previsto en este apartado cuando la sociedad Nueva Empresa desarrolle las actividades que se hubieran ejercido anteriormente bajo otra titularidad.

2º La base máxima de esta deducción será de 9.000 euros anuales y estará constituida por las cantidades depositadas en cada período impositivo hasta la fecha de la suscripción de las participaciones de la sociedad Nueva Empresa.

3º El porcentaje de deducción aplicable sobre la base de deducción a que se refiere el apartado 2º anterior será del 15 por 100.

4º La sociedad Nueva Empresa deberá mantener durante al menos los dos años siguientes al inicio de la actividad:

- a) La actividad económica en que consista su objeto social, no pudiendo cumplir la sociedad Nueva Empresa en dicho plazo los requisitos previstos en el cuarto párrafo del apartado 1 del artículo 116 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades⁸.*

⁷ Cambia para concordar con la propia Ley.

⁸ Desaparece la mención a sociedad patrimonial, cuyo concepto ya no está en vigor y se sustituye, con el mismo espíritu, por la mención al tipo de sociedad previsto en el 116.1 del TRLIS.

b) Al menos, un local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad y una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.

c) Los activos en los que se hubiera materializado el saldo de la cuenta aborro-empresa, que deberán permanecer en funcionamiento en el patrimonio afecto de la nueva empresa.

5º Se perderá el derecho a la deducción:

a) Cuando el contribuyente disponga de cantidades depositadas en la cuenta aborro-empresa para fines diferentes de la constitución de su primera sociedad Nueva Empresa. En caso de disposición parcial se entenderá que las cantidades dispuestas son las primeras depositadas.

b) Cuando transcurran cuatro años, a partir de la fecha en que fue abierta la cuenta, sin que se haya inscrito en el Registro Mercantil la sociedad Nueva Empresa.

c) Cuando se transmitan «inter vivos» las participaciones dentro del plazo previsto en el apartado 4º anterior.

d) Cuando la sociedad Nueva Empresa no cumpla las condiciones que determinan el derecho a esta deducción.

6º Cuando, en períodos impositivos posteriores al de su aplicación, se pierda el derecho, en todo o en parte, a las deducciones practicadas, el contribuyente estará obligado a sumar a la cuota líquida estatal y a la cuota líquida autonómica devengadas en el ejercicio en que se hayan incumplido los requisitos las cantidades indebidamente deducidas, más los intereses de demora a que se refiere el artículo 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria⁹.

7º Cada contribuyente sólo podrá mantener una cuenta aborro-empresa y únicamente tendrá derecho a la deducción por la primera sociedad Nueva Empresa que constituya.

8º Las cuentas aborro-empresa deberán identificarse en los mismos términos que los establecidos para el caso de las cuentas vivienda⁹.

Como enseguida se aprecia las modificaciones habidas se deben a la necesidad de concordar la norma consigo misma con la nueva Ley General Tributaria y con la supresión del régimen especial de sociedades patrimoniales. Curiosamente al legislador se le han pasado por alto dos aspectos:

Por un lado adaptar el texto a las denominaciones de los activos del Nuevo Plan General de Contabilidad y ajustar la referencia a la sociedad nueva empresa a la norma que en la actualidad la regula, que es el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante TRLS), en concreto, en su Título XII.

Por el otro, quizá conscientemente, esta deducción se libra de los recortes sufridos por otras deducciones, y en concreto la relativa a aportación de cantidades en cuentas viviendas, para los períodos impositivos de 2011 y siguientes.

⁹ Se menciona la nueva Ley General Tributaria.

4. Análisis de la deducción

Examinada la redacción legal podemos realizar, a efectos metodológicos, un análisis separado de los requisitos para disfrutar de la deducción y del mecanismo establecido para la aplicación del beneficio.

4.1. Requisitos

La deducción está condicionada a la realización, por parte del contribuyente, de dos conductas: una en el periodo impositivo en el que pretende la deducción y otra en el futuro. Esta segunda actúa como una condición que el contribuyente deberá asumir si quiere que, finalmente, la deducción tenga lugar. Todas estas conductas se circunscriben a un marco temporal concreto. Tres serán, por lo tanto, los requisitos a considerar: el de la conducta en el momento de deducir, el de la conducta a cumplir en el futuro y la del tiempo en el que debe realizar la una y la otra. Vayamos por partes:

4.1.1. Conducta en el momento de pretender la deducción

De acuerdo con el texto legal, el contribuyente debe, en primer lugar, depositar unas cantidades en cuentas abiertas en una entidad de crédito, separadas de cualquier otro tipo de imposición y destinadas a la constitución de una sociedad Nueva Empresa. Tomando como base los requisitos que se exigen a las cuentas vivienda, la Administración Tributaria asume los siguientes criterios:

- Las cuentas ahorro-empresa deberán identificarse separadamente en la declaración del impuesto consignando, al menos, los siguientes datos: entidad donde se ha abierto la cuenta, sucursal y número de la cuenta.
- Cada contribuyente sólo podrá mantener una cuenta ahorro empresa y únicamente tendrá derecho a deducción por la primera sociedad nueva empresa que constituya.

A partir de aquí pueden ser válidos el resto de criterios administrativos aplicables a las cuentas vivienda, en las que la norma parece inspirarse, no tanto por una interpretación analógica¹⁰ de los mismos, como por el hecho de que los razonamientos realizados por el mismo órgano interpretativo probablemente sean los mismos. En concreto, estos criterios administrativos son los siguientes:

- En primer lugar es obvio indicar que sin depósito en cuenta no hay deducción, aunque se funde una Sociedad Nueva Empresa y se desembolse el capital correspondiente, pues el objeto de la deducción no es la constitución de este tipo de sociedades, sino favorecer el ahorro previo para su constitución siempre que se materialice de una determinada forma, mediante depósito en la cuenta ahorro-empresa tal y como está definida en la Ley. Por eso mismo tampoco procede la deducción de cantidad alguna por la simple constitución de una sociedad de este tipo y el desembolso del capital, aun

¹⁰ El artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria establece que “no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales”.

cuando ese desembolso corresponda a ahorro del ejercicio, siempre que no se haya materializado, previamente, en una cuenta ahorro-empresa con los requisitos que marca la norma¹¹.

- La simple transferencia de los fondos de una cuenta a otra del mismo tipo no supone una utilización de los saldos depositados en la citada cuenta para otros fines distintos de los previstos en la norma, por lo que no se perdería el derecho a las deducciones practicadas. No obstante, la nueva cuenta mantendría la antigüedad que tenía la cuenta de donde procedían los saldos. Por eso mismo es válido utilizar un depósito renovable, contándose el plazo para su disposición desde la formalización del depósito inicial. Por esa misma razón, igualmente, valdría un depósito a plazo en el que las aportaciones realizadas en distintas fechas se documentan como imposiciones distintas en diferentes documentos escritos pero con el mismo número de cuenta, siendo necesaria, además, una cuenta compensadora donde se ingresan los intereses y a la que se traspasa el saldo del depósito a plazo, realizando desde esta los pagos pertinentes.
- Ha de tratarse de un depósito en una entidad de crédito. Ello no implica que deba tener una denominación específica o que en el contrato se indique su destino. El depósito puede efectuarse en una entidad que opere desde un país extranjero y comercialice sus productos en España a través de Internet.
- La cuenta con su saldo ha de permanecer en un depósito separado de cualquier otro tipo de imposición, permitiendo conocer sus movimientos y saldo en cualquier momento.
- No pueden retirarse fondos, aunque sea reposición posterior, para fines distintos de los que la justifican, aunque se trate de una disposición puntual de una parte del saldo y sea inmediatamente seguida de su reposición: en ese sentido entendemos que las cantidades una vez que se depositan en la cuenta ahorro-empresa, son “intocables”, como no sea para el fin previsto en la norma. Esto es, se exige destino exclusivo, en el sentido de que las cantidades aportadas no pueden destinarse, temporalmente y en tanto se materializan en la constitución de la Sociedad Nueva Empresa, a efectuar inversiones en cualquier otro tipo de activo que comporte titularidad, aunque sea parcial, del contribuyente sino que han de permanecer en la cuenta con un único destino final, el previsto en la norma. Por esta razón no son aptas aquellas cuentas a través de las cuales las entidades de crédito reciben fondos del público (o utilizan los previamente depositados en otro tipo de cuenta) para invertirlos, por cuenta de sus clientes, en cualquier clase de activos. Entre estas, las denominadas cuentas financieras que invierten en Deuda del Estado (Letras, obligaciones o bonos) o en otros activos, ya que se consideran que incumplen el requisito de destino exclusivo a adquisición de vivienda.
- No son aptas las cuentas de valores, aquellas cuyo saldo se invierte en la suscripción de participaciones en fondos de inversión, con independencia de su denominación, cualquiera que estuviera asociada a Instituciones de Inversión Colectiva en las que el saldo se invierte en estas fórmulas de inversión y, en general, cualquier instrumento mixto consistente en una cuenta de depósito asociada a contratos de inversión en activos.

¹¹ Dirección General de Tributos. Consulta vinculante V1371-10 de 18 de junio de 2010.

- Tampoco sirven los Seguros de ahorro, pues éstos no pueden considerarse depósitos en entidades de crédito.
- En el caso de matrimonio cada uno de los cónyuges puede abrir una cuenta ahorro-empresa, pero, si el régimen económico matrimonial es el de gananciales, serán de aplicación las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidos en las disposiciones reguladoras de este régimen, con efectos en la cuantía deducible que veremos más adelante.
- También parece posible que varios contribuyentes aporten cantidades a una única cuenta ahorro-empresa, pudiendo deducir por la cantidad aportada por cada uno de ellos, siempre que, como luego veremos, se cumplan el resto de requisitos.

4.1.2. Conducta futura

La norma, para pretender la deducción, exige que las cantidades depositadas se destinen a un fin muy concreto: a la suscripción como socio fundador de las participaciones de la sociedad nueva empresa y que esas participaciones se mantengan durante un tiempo.

Pero, además, la norma exige que esa sociedad se comporte de una determinada manera, es decir que, para el disfrute de la deducción, se exige no sólo el cumplimiento de unos requisitos en un contribuyente (el que pretende la deducción), sino también en otro contribuyente, que, cuenta con personalidad jurídica y autonomía en el ámbito de decisiones. Esto, siendo peculiar en nuestro Derecho Tributario, no puede decirse que sea novedoso, pues se utiliza en otras deducciones, como en la de adquisición de vivienda en construcción en la que el beneficio fiscal se supedita a la conducta del constructor que debe terminar y entregar la vivienda en unos determinados plazos, so pena de que el contribuyente que pretende la deducción, distinto del constructor, pierda el derecho a la misma.

Los requisitos que el legislador exige a la sociedad fundada a partir de los saldos (aunque no exclusivamente con ellos) depositados en la cuenta ahorro vivienda son de dos tipos:

- Por un lado hay requisitos respecto del destino de los fondos,
- Pero también hay requisitos respecto del comportamiento futuro de esta sociedad, requisitos exigidos por la normativa tributaria y que van más allá de los que la propia Ley de Sociedades de Capital impone, que también deben observarse.

En resumen, en el campo de las condiciones futuras que la deducción impone a quién se quiera beneficiar de ella, nos encontramos con condiciones impuestas al contribuyente y nos encontramos con condiciones impuestas a la sociedad Nueva empresa: estas condiciones son además impuestas por la propia normativa mercantil y por la normativa tributaria. Analicemos cada una de ellas:

4.1.2.1. Condiciones que debe cumplir la persona física que pretende la deducción

Aparte de las ya indicadas respecto del momento de la imposición de las cantidades en la cuenta, el contribuyente debe cumplir otras dos condiciones:

- Por un lado, destinar el saldo de esa cuenta a la suscripción, como socio fundador, de las participaciones de la sociedad nueva empresa. Esta condición, como en seguida se ve, supone, por un lado la transformación de los saldos en participaciones, en participaciones de una entidad de un determinado tipo (sociedad nueva empresa), pero también, la condición de socio fundador del suscriptor presupone que la sociedad nueva empresa debe crearse en ese momento, sin que sea válido, a efectos de deducción, la adquisición de participaciones de una sociedad nueva empresa ya existente. Así parece desprenderse de los términos “socio fundador” y “suscripción”.

Nada se dice respecto de que las participaciones de la sociedad nueva empresa así creada pertenezcan a un solo suscriptor (el aportante de los saldos de la cuenta ahorro-empresa), con lo que podrán existir casos en los que la sociedad nueva empresa sea fundada por una única persona, (será entonces además una sociedad unipersonal) y habrá otros casos en los que los socios fundadores sean varios, siempre que, en ambos casos se cumpla lo previsto en los artículos 437 y 438 del TRLSC: que todos los socios sean personas físicas, que en el momento de la constitución no superen el número de cinco y que, si la sociedad es unipersonal, el socio no sea, a su vez, socio único de otra Sociedad Nueva Empresa.

El apartado 7º del artículo 68.6 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas introduce otro condicionante que puede pasar desapercibido: la Sociedad Nueva Empresa que se constituye debe ser la primera sociedad Nueva Empresa que este contribuyente funda. Esta norma, que es un calco de lo que se establece para la cuenta vivienda al hablar de “primera vivienda habitual”, supone que un contribuyente no va a poder utilizar el mecanismo de deducción de forma recurrente en el tiempo, fundando una sociedad y deduciendo para crear la siguiente, pero además implica que si, por la razón que fuere, el contribuyente ya hubiera participado en la fundación de otra Sociedad Nueva Empresa, no tendría derecho a esta deducción, aunque la anterior sociedad no le hubiera conferido el derecho a deducción porque, por ejemplo, no hubiera constituido una cuenta ahorro-empresa con carácter previo, o por insuficiencia de cuota. La deducción está pensada para que un contribuyente, en toda su vida, no pueda aplicar esta deducción más que una sola vez (aunque sea en sucesivos años, como luego veremos) y, en ciertos casos, ni siquiera esa única vez.

- Pero, además debe mantener estas participaciones en su patrimonio sin transmitir las a título oneroso durante al menos dos años desde el inicio de la actividad de la sociedad. Conviene llamar la atención sobre dos aspectos de este requisito:
 - En primer lugar se impide, si se quiere conservar el beneficio fiscal, la transmisión onerosa de las participaciones, pero nada se dice de la transmisión a título lucrativo, tanto “inter vivos” como “mortis causa”, lo que supone que el contribuyente fundador de la sociedad, puede transmitir, cuando quiera, todos o parte de los títulos, a quién quiera, mediante una donación, sin perder el derecho a las deducciones practicadas. También puede suceder que fallezca el contribuyente y esas participaciones pasen, mediante herencia, a otras personas, y, en este supuesto tampoco se pierde el derecho a la deducción practicada, supuesto éste que, a mi entender, era al que se debería haber limitado la norma. Cuestión distinta es, como

veremos después, que el fallecimiento se produzca antes de haber constituido la sociedad, en cuyo caso, la deducción no es procedente. La Ley mercantil, por su parte (artículo 444.2 TRLSC) advierte que “la transmisión voluntaria por actos inter vivos de participaciones sociales sólo podrá hacerse a favor de personas físicas”, por lo que, salvo en el último caso presentado, en los demás una persona física deberá ser la destinataria de las participaciones, aunque la propia Ley establece las consecuencias de este incumplimiento: la persona jurídica adquirente deberá en el plazo de tres meses de enajenar esas participaciones a favor de personas físicas y, de no hacerlo, la nueva empresa quedará sometida al régimen general de las sociedades de responsabilidad limitada, sin perjuicio de las responsabilidades en que hayan podido incurrir los administradores.

- En segundo lugar, respecto del “dies a quo” del plazo de mantenimiento hay que advertir que se corresponde con inicio de actividad de la sociedad y no con la constitución de la misma, con lo que bien podríamos encontrarnos con un plazo de mantenimiento muy superior a los dos años si la sociedad tarda en iniciar su actividad. La Ley mercantil no establece ninguna mención sobre cuándo debe iniciar su actividad la Sociedad Nueva Empresa.

4.1.2.2. *Condiciones que debe cumplir la sociedad en cuyas participaciones se materializan los saldos de la cuenta ahorro-empresa*

Requisitos previstos en la Legislación Mercantil

La primera de las condiciones y la más obvia nos dice que la entidad que se constituye debe revestir la forma jurídica de Sociedad Nueva Empresa. La norma tributaria, como no podía ser de otra manera, se remite a la normativa mercantil, actualmente el Título XII del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ya citado anteriormente, para ver qué se entiende por Sociedad Nueva Empresa y al cumplimiento de qué requisitos está sometida. Para ello en primer lugar, debemos repasar la norma mercantil para extraer las siguientes conclusiones:

- La Sociedad Nueva Empresa es una especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada (art.434 TRLSC).
- Este tipo de sociedades tienen limitaciones tanto en el objeto social, en la condición de sus socios, en el importe del capital social y en su forma de desembolso, así como en su denominación social:
 - Por lo que se refiere al objeto social, puede consistir en todas o algunas de las siguientes actividades: agrícola, ganadera, forestal, pesquera, industrial, de construcción, comercial, turística, de transportes, de comunicaciones, de intermediación, de profesionales o de servicios en general (art 436 TRLSC). Además, los socios fundadores pueden incluir cualquier actividad singular distinta de las anteriores, siempre que cuente con la aprobación del Registrador Mercantil; pero lo que no se admiten son actividades que requieran forma de sociedad anónima ni aquéllas cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo.
 - Respecto de la condición de los socios, éstos deben ser en su totalidad personas físicas y no superar el número de cinco (art.437 TRLSC). Sin embargo estos requisitos

subjetivos se pueden alterar una vez constituida la sociedad: como hemos visto, transitoriamente pueden ser socios las personas jurídicas, y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 444.1 TRLSC, como consecuencia de la transmisión de participaciones sociales, es posible superar el número de cinco socios, incluso de forma permanente sin que ello tenga consecuencias respecto de la sociedad. Asimismo la Sociedad Nueva Empresa puede ser, o acabar siendo, una sociedad unipersonal, siempre que el socio única no sea, además, socio único también de otra Sociedad Nueva Empresa, pero nada obsta a que este único socio fuera socio único de otra sociedad de otro tipo.

- Por lo que se refiere al volumen de capital social y a la forma de desembolso, el artículo 443 TRLSC fija una horquilla según la cual una Sociedad Nueva Empresa no puede tener un capital inferior a 3.012 euros ni superior a 120.202 euros. Este capital social no puede ser desembolsado más que mediante aportaciones dinerarias.
- Finalmente, por lo que hace a la denominación social, es obligatorio que en ella conste la indicación "Sociedad Limitada Nueva Empresa" o sus siglas "SLNE", pero también los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores seguido de un código que permita la identificación de la sociedad (art.435 TRLSC).

Evidentemente, el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos determinará la calificación negativa del Registrador Mercantil, y, en última instancia, la no inscripción de la sociedad, o su inscripción como sociedad limitada en régimen general. En ambos casos no se habrá cumplido el requisito para disfrutar de la deducción por lo que el contribuyente habrá perdido el derecho a la misma, salvo que, siempre que el marco temporal lo permita, pueda todavía constituir otra sociedad calificada mercantilmente como Sociedad Nueva Empresa.

Requisitos previstos en la Legislación Tributaria

El resto de condiciones impuestas, recordemos, a la propia Sociedad Nueva Empresa y no al contribuyente persona física que pretende la deducción, son de orden tributario y aparecen mencionadas en el artículo 68 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Estos requisitos se pueden dividir en dos categorías: requisitos de constitución y requisitos de mantenimiento, requisitos ambos que no son indefinidos en el tiempo, sino limitados a un plazo de tiempo:

Requisitos de constitución

La Ley impone que las cantidades que se incorporan al activo de la sociedad como resultado de su constitución¹² se apliquen a determinados fines, que se apliquen en un determinado plazo y que la sociedad cuente con una determinada estructura al final de ese plazo:

¹² Recordemos que la única forma de desembolso permitida para estas sociedades es la aportación dineraria.

Por lo que respecta a en qué deben aplicarse las cantidades aportadas en la constitución y que dieron derecho a deducción en el socio, la norma señala que la sociedad deberá necesariamente destinarlos a:

- La adquisición de inmovilizado material e inmaterial exclusivamente afecto a la actividad, mención que debe entenderse, en la actualidad al activo no corriente, inmovilizado material o intangible sin alcanzar, a nuestro juicio, a las inversiones inmobiliarias, en los términos que se indican en el artículo 29 de la propia Ley. Este artículo realiza un escandallo de los elementos patrimoniales que a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se consideran o no afectos, relación que, a nuestro juicio, debe primar sobre las normas contables, de forma que sólo se estimará correcto el destino de los fondos a los elementos descritos a continuación que, además, sean inmovilizado en la sociedad. Este artículo nos dice lo siguiente:

- Están afectos en todo caso los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente.
- También están afectos los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad, pero no lo estarán los bienes de esparcimiento y recreo, ni en general, los de uso particular del titular de la actividad económica.
- Están afectos, igualmente, los elementos patrimoniales necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos.
- Nunca estarán afectos los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad, ni la cesión de capitales a terceros.

Esta afectación puede ser total o parcial si los bienes no se utilizan enteramente en la actividad económica. En estos casos sólo se entenderá afecta, y por lo tanto sólo computará a efectos del requisito de aplicación de fondos, la parte de los bienes que realmente se utilice en la actividad de que se trate.

- Gastos de constitución y de primer establecimiento, que recordemos, con el Nuevo Plan General de Contabilidad, son gastos del ejercicio y no pueden ser activados. Sin embargo la situación cuando el legislador redactó la norma era precisamente la contraria¹³, aunque, en nuestra opinión, esta circunstancia es irrelevante, pues seguramente que lo que se quiere es que la sociedad destine estos fondos a las necesidades que la sociedad tiene en el momento de empezar su actividad.
- Gastos de personal empleado con contrato laboral: no se exige, en virtud de este apartado, ninguna condición respecto de la jornada, que podrá ser parcial completa, sin perjuicio de las limitaciones que, para cierto tipo de sociedades, veremos más adelante.

Respecto del plazo para realizar la aplicación de la totalidad del saldo que dio derecho a deducción, la Ley indica que es de un año, sin que el inicio del cómputo de ese plazo

¹³ Eran gastos amortizables, a lo largo de varios periodos, con lo que tenían una cierta vocación de permanencia en el activo de las empresas.

pueda ser distinto del de la constitución de la sociedad, pues entendemos que el capital debe ser íntegramente desembolsado en ese momento.

La estructura con la que la sociedad debe contar al final de ese plazo, y con independencia del destino que haya dado a los fondos conforme indicamos más arriba, la sociedad Nueva Empresa como tal deberá contar, antes de la finalización de ese plazo del año con, al menos, un local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad y una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa. El concepto de local y empleado descrito en estos términos, local para la gestión de la actividad y empleado con contrato laboral y con jornada completa es habitualmente utilizado en nuestro ordenamiento como requisito necesario, aunque tal vez no suficiente, para considerar la actividad desarrollada como actividad económica. Respecto a cada uno de estos elementos, en concreto, la doctrina administrativa indica que:

- En el caso del local¹⁴, es decir del requisito consistente en disponer de “local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad”:

- La exclusividad “se refiere al destino del local, e implica que el local en el que se lleve a cabo la gestión de la actividad debe estar afecto a la misma y no ser utilizado para fines particulares”.
- Es indiferente el título posesorio en virtud del cual se utilice el local (propiedad, arrendamiento, precario...).
- En el caso de afectación parcial del local, es decir, cuando sólo una parte esté destinada en exclusiva al desarrollo de la actividad, es posible siempre que concurren dos requisitos: por un lado que la parte utilizada sea materialmente identificable y, por el otro, que resulte susceptible de un aprovechamiento separado e independiente del resto del local, para lo cual deberá contar con acceso independiente, tabiques de separación... Además, si el local está compartido con terceras personas hay que valorar si los pactos existentes permiten ese uso exclusivo de una parte identificable del local.

- Y por lo que respecta al empleado¹⁵, es decir del requisito consistente en contar con “persona empleada con contrato laboral y a jornada completa”:

- El contrato de trabajo debe ser calificado como laboral por la normativa laboral vigente.
- Debe tratarse de un contrato a jornada completa.
- Es irrelevante el régimen de adscripción a la Seguridad Social, que, por otro lado, suele ser hostil al reconocimiento del régimen de trabajadores por cuenta ajena en los casos de socios trabajadores de sociedades personalísimas.
- El trabajador debe prestar servicios relacionados con la gestión de la actividad de la sociedad Nueva Empresa.

¹⁴ Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V0242-05 de 18 de febrero de 2005.

¹⁵ Dirección General de Tributos. Consulta vinculante V0743-09 de 8 de abril de 2009.

Finalmente, la norma prevé la cautela de evitar que la actividad que realice la Sociedad Nueva Empresa no sea, realmente, una actividad nueva, es decir, que las actividades desarrolladas por la sociedad ya se hubieran ejercido anteriormente bajo otra titularidad. Existe abundante doctrina administrativa sobre casos en los que no estamos ante una nueva actividad sino ante la prolongación de una anterior, especialmente en el campo de los beneficios fiscales establecidos a los contribuyentes en régimen de estimación objetiva. Esta doctrina puede, a nuestro entender, ser extrapolada (y, si no es así sin duda será reiterada por el órgano consultivo) al caso que nos ocupa. Específicamente, para el caso de la actividad de la Sociedad Nueva Empresa, la Dirección General de Tributos¹⁶ entiende:

- El ejercicio de la actividad bajo cualquier otra titularidad incluye tanto al propio contribuyente como a comunidades de bienes o personas jurídicas.
- Que no existe límite temporal mediante el cual una actividad ejercida anteriormente y dejada de realizar, se convierte en nueva actividad, por lo que ninguna actividad que haya sido ejercida con anterioridad puede considerarse que no se ha ejercido nunca, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde que cesó.
- Que, en definitiva, la cuestión de si se ha ejercido o no con anterioridad con la misma o distinta titularidad es una cuestión de prueba que deberá acreditar el contribuyente, que es el que pretende el derecho, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho siendo a la Administración Tributaria a quién corresponde la valoración de las pruebas aportadas.

Requisitos de mantenimiento

La sociedad Nueva Empresa, además debe mantener un comportamiento y unos activos durante un plazo de tiempo, si el socio fundador no quiere perder el derecho a deducción acreditado en su día en su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Estos requisitos son los tres siguientes:

- La Sociedad Nueva Empresa debe mantener la actividad económica en que consista su objeto social, sin que resulte que¹⁷, durante más de 90 días del periodo impositivo se cumpla cualquiera de estas circunstancias:

¹⁶ Consulta no vinculante 0868-04 de 31 de marzo de 2004.

¹⁷ Recordemos que, en su redacción inicial se decía: “no pudiendo reunir en dicho plazo los requisitos para tener la consideración de sociedad patrimonial”, una vez desaparecido este régimen especial de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, la redacción legal pasó a ser la imposibilidad de cumplir “los requisitos previstos en el cuarto párrafo del apartado 1 del artículo 116 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”. Ese artículo se refiere a las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros, cuyo régimen especial también está en el aire, y se remite a él porque aquí se describe un tipo de sociedades muy similares a las antiguas sociedades patrimoniales. Pero, a su vez, para describirlas, este artículo remite a La Ley del Impuesto Sobre el Patrimonio (Ley 19/1991, de 6 de junio) lo que hace tremendamente arduo llegar a definir los requisitos de en qué sociedades no se quiere que se conviertan las Sociedades Nueva Empresa, aunque, intuitivamente, con la configuración de las antiguas sociedades patrimoniales en la cabeza, todos sepamos a que nos referimos.

- Más de la mitad de su activo esté constituido por valores o, simplemente, no esté afecto a actividades económicas¹⁸.
- Más del 50 por ciento del capital social pertenezca, directa o indirectamente, a 10 o menos socios o a un grupo familiar, entendiéndose por grupo familiar al cónyuge, a las demás personas unidas por un vínculo de parentesco, directo, colateral, consanguíneo o afín hasta el cuarto grado inclusive¹⁹.

Enseguida se aprecia que de los dos requisitos el que realmente va a jugar en el sentido de ganar o perder la deducción pretendida es el primero, toda vez que lo normal es que la Sociedad Nueva Empresa tenga 10 o menos socios²⁰, por lo que, en última instancia todo girará en torno a la proporción del activo que no se encuentre afecto a la actividad económica de la entidad: si resulta ser más del 50%²¹ y esta circunstancia se produce dentro del plazo que a continuación indicaremos, el derecho a la deducción se habrá perdido; si no es así, la deducción será correcta.

- La Sociedad Nueva Empresa habrá de conservar durante el plazo que se indica más abajo, al menos, un local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad y una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.
- Finalmente, los activos en los que se hubiera materializado el saldo de la cuenta ahorro-empresa, deberán permanecer en funcionamiento en el patrimonio afecto de la nueva empresa.

El plazo de mantenimiento de estos tres elementos (actividad económica, local y empleado y activos) es el de los dos años siguientes al inicio de la actividad, recordando que, en determinadas circunstancias, este inicio de la actividad podría postergarse significativamente respecto del momento de la constitución de la sociedad.

4.2. Procedimiento para la deducción

En primer lugar hay que indicar que la deducción por cuenta ahorro-empresa prevista en el artículo 68.6 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es una deducción en la cuota, lo que implica:

¹⁸ Requisito exigido en el artículo 4.8.dos.a) de la Ley del Impuesto sobre Patrimonio, que también establece qué elementos forman parte y cuáles no, así como las reglas de cálculo de porcentajes para determinar si estamos ante una sociedad con actividad económica o de simple gestión de patrimonios.

¹⁹ Requisito exigido en el artículo 116.1 cuarto párrafo de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

²⁰ Recordemos que, en el momento fundacional, según la Ley Mercantil, no puede tener más de cinco, aunque, posteriormente este número puede ser más elevado.

²¹ Las normas para calcular ese porcentaje se encuentran también en el artículo 4.8.dos de la Ley del Impuesto sobre Patrimonio.

- Que ante la insuficiencia de cuotas con las que aplicar la deducción, el exceso al que se podría tener derecho se pierde, sin posibilidad de traslado a ejercicios futuros, pues la norma no prevé su traslado a ejercicios futuros²².
- Pero que, sin embargo, escapa de los límites a los que están constreñidas las deducciones por actividades económicas previstas en el artículo 68.2 y limitadas en el 69.2. No existen, por lo tanto, más límites que los establecidos específicamente para la deducción y el previsto en el artículo 70 de la Ley que concretamente habla tanto de la deducción por inversión en vivienda como de la deducción por cuenta ahorro-empresa y que exige que el patrimonio del contribuyente, al final del ejercicio, se haya incrementado en, al menos el importe de las inversiones realizadas, que es tanto como decir que dichas inversiones (las de vivienda y las cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa) se hayan realizado, en términos económicos, con cargo al ahorro que el contribuyente haya realizado en el ejercicio.

A continuación hay que tener en cuenta el mecanismo de deducción previsto en la norma. Siguiendo una disección comúnmente admitida a la hora de estudiar este tipo de deducciones, podemos decir que los elementos a analizar son: la base de la deducción, el importe deducible, las causas de la pérdida del derecho y la gestión de todo el proceso (de deducción y de posible pérdida de la misma). Veámoslos con detalle:

4.2.1. La base de la deducción

Está constituida por el importe de las cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa en cada periodo impositivo hasta la suscripción de las participaciones, con el límite de 9.000 euros anuales. Esto supone:

- En primer lugar que la base máxima no supone que esa sea la cantidad que el contribuyente debe depositar en la cuenta ahorro-empresa. Obviamente el contribuyente puede depositar una cantidad menor o mayor: si es menor, esa será la base de su deducción y si es mayor, operará el límite de los 9.000 euros. En este último caso surgen los problemas de qué cantidades se entienden, posteriormente aplicadas a la finalidad de la deducción (la constitución de la Sociedad Nueva Empresa) o las dispuestas para otras finalidades y los efectos que esto tiene sobre la consolidación o pérdida de la deducción, extremos estos solucionados por la doctrina administrativa.
- En segundo lugar hay que indicar que, siguiendo lo previsto en el artículo 84 de la Ley, en el caso de tributación conjunta, el límite no se multiplica por el número de miembros de la unidad familiar, lo que supone que, sea cual sea la modalidad de tributación el límite "por declaración" será siempre de 9.000 euros.
- Mucho o poco la cuenta ahorro-empresa producirá unos intereses que, por la parte que materialmente se incorporan al saldo de la cuenta²³, también podrán formar parte de la base de deducción.

²² Como sí se hace, por ejemplo, con la reciente deducción por obras de mejora en la vivienda habitual, prevista en la Disposición adicional Vigésimo novena de la Ley.

²³ Es decir, descontando la retención.

- Respecto de las cuentas con varios titulares²⁴ entendemos:

- Con carácter general cada uno de ellos tendrá derecho a la correspondiente deducción en su declaración del impuesto por las aportaciones realizadas, siempre que sea posible identificar por cualquier medio de prueba admisible en derecho las cantidades que cada titular ha podido aportar a la cuenta ahorro-empresa.
- Si no se pudieran distinguir tales aportaciones, la deducción correspondería en proporción al porcentaje de titularidad, siempre y cuando cumpliesen el resto de requisitos exigidos por la normativa.
- En el caso de que los titulares sean un matrimonio, hay que distinguir:
 - Que se trate de un matrimonio en sociedad de gananciales: en este caso serán de aplicación las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidos en las disposiciones reguladoras de este régimen, por lo que cada uno podrá deducir la mitad de las aportaciones realizadas en cada una de las cuentas ahorro-empresa, en el ejercicio, que, recordemos, pueden ser dos, pues cada cónyuge puede tener una cuenta abierta y ser el titular exclusivo (o con otros) de la misma.
 - Que se trate de un matrimonio en régimen de separación de bienes²⁵: en este caso la aplicación de la deducción por cuenta vivienda corresponderá al titular de las cantidades depositadas, con, de nuevo, las siguientes dos posibilidades:
 - Si los contribuyentes mantienen cada uno de ellos una cuenta, al ser el régimen económico de separación de bienes, siempre que las cantidades depositadas en cada cuenta sean de titularidad del cónyuge que las aporta, podrá aplicarse la deducción en la cuota cada uno según las cantidades por él aportadas. Es decir que sólo deducen las cantidades aportadas por el cónyuge a la cuenta de la que es titular. Si cualquiera de los cónyuges aporta cantidades a la cuenta de la que es titular el otro cónyuge, esas cantidades no son deducibles.
 - En caso de mantener una sola cuenta vivienda para los dos, la aplicación de la deducción mantiene el mismo criterio de titularidad de las cantidades depositadas que vimos con carácter general: en principio deducen en el cónyuge por el importe que aportó, siempre que se pueda identificar cuáles han sido esas aportaciones y, si no es posible, en proporción al porcentaje de titularidad.

4.2.2. El importe de la deducción

Es el resultado de aplicar a la base de deducción el 15%. Esta cantidad es la que finalmente se deduce de la cuota íntegra. Como hemos dicho anteriormente, si esta cuota resultara insuficiente o si, sencillamente, no existiera cuota íntegra alguna, la deducción se pierde sin posibilidad de trasladarla a otro contribuyente, ni a un periodo futuro.

²⁴ Recordemos que cada contribuyente sólo puede tener una cuenta ahorro-empresa pero que una cuenta ahorro-empresa puede tener varios titulares.

²⁵ En general lo que se dice es de aplicación a los demás regímenes matrimoniales que no son el de la sociedad de gananciales (participación, capitulaciones...).

4.2.3. Pérdida del derecho a la deducción

El contribuyente pierde el derecho a la deducción por varias causas, todas ellas previstas en la norma. Alterando el orden previsto en la norma nos encontramos:

- En primer lugar con dos requisitos ya examinados cuyo estudio no vamos a reiterar ahora. Se trata de los casos en:
 - Que se transmitan “inter vivos” las participaciones dentro del plazo de los dos años siguientes al inicio de la actividad.
 - Que la Sociedad Nueva Empresa no cumpla las condiciones que determinan el derecho a esta deducción.
- A continuación tenemos el caso en el que el contribuyente dispone de cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa para fines diferentes de la constitución de su primera sociedad nueva empresa. En este supuesto perderá el derecho a deducción por las cantidades dispuestas para otros fines. Si son todas las cantidades depositadas habrá perdido la deducción por todas ellas. El problema estriba en los casos de disposición parcial, en los que el contribuyente destina a otros fines sólo una parte de las cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa por las que practicó deducción: en este caso de disposición parcial, la norma expresamente preceptúa que se entenderá que las cantidades dispuestas son las primeras depositadas.

Más discusión generan los casos en los que el contribuyente aporta más de lo que finalmente deduce y hasta qué punto se puede considerar que las cantidades por las que no se pudo deducir se convierten en cantidades de libre disposición sin consecuencias fiscales. A nuestro entender no hay una vinculación entre deducción y base de deducción que permita afirmar esto, sino que, por el contrario hay que entender que la vinculación se establece entre la deducción y todas las cantidades depositadas, lo que supone que siempre que se disponga para otros fines las cantidades depositadas en una cuenta-ahorro habrá pérdida de deducción, en proporción a lo dispuesto eso sí, sin importar si esas cantidades dieron o no derecho a deducción. Por tanto, y en nuestra opinión²⁶, las deducciones practicadas por las cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa corresponden a todas ellas y no solo a la parte de las mismas que han sido objeto de deducción efectiva por, por ejemplo, no superar el límite establecido en la normativa. Así, cuando se disponga de cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa se perderá la parte de la deducción practicada que corresponda a la proporción existente entre las cantidades retiradas sobre el total de las depositadas, teniendo en cuenta que por “cantidades dispuestas” hay que entender que se trata de las primeras depositadas.

- Por último tenemos, como causa de pérdida del derecho a deducción, el transcurso de cuatro años, a partir de la fecha en que fue abierta la cuenta, sin que se haya inscrito en el Registro Mercantil la sociedad nueva empresa. Este requisito es sin duda el que más problemas de interpretación ofrece, problemas ya solucionados en la doctrina

²⁶ Es la doctrina administrativa que se sigue para la cuenta vivienda, que tiene la misma redacción legal.

administrativa por su semejanza con lo previsto para la cuenta vivienda, si aplicamos los mismos razonamientos:

- Inicialmente hay que tener en cuenta la peculiaridad del “dies a quo” y del “dies ad quem” que la norma establece: la fecha inicial de cómputo de los cuatro años es la de apertura de la cuenta, no la de la primera imposición de fondos, lo que podría suponer un inicio de la cuenta del plazo anterior a lo que cabría suponer. Por su parte la fecha final en el cómputo del plazo es la de la inscripción en el Registro Mercantil de la Sociedad Nueva Empresa, que tampoco tiene por qué coincidir con el momento del desembolso del capital de la sociedad, ni con la fecha de su escritura pública: es más, normalmente se tratará de un momento posterior, aun cuando el procedimiento de constitución previsto en los artículos 440 y 441 del TRLSC establezca unos plazos fugaces, siempre que no existan incidencias (calificaciones negativas) y se opte por la tramitación telemática²⁷. Conviene tener en cuenta estas fechas y no otras antes de llevarse sorpresas desagradables.
- El cómputo de los cuatro años debe hacerse “de fecha a fecha”²⁸. Si el fin de plazo coincide en día inhábil se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.
- Además hay que tener en cuenta el doble efecto que esta causa de pérdida del derecho a deducción supone: por un lado imposibilita continuar deduciendo, por el otro convierte en indebidas las deducciones practicadas hasta el momento. En consecuencia tenemos entender que:
 - Transcurrido el plazo de cuatro años sin constituir la sociedad nueva empresa, se pierde el derecho a todas las deducciones practicadas, debiendo realizar la correspondiente regularización.
 - Pero por otro lado, siempre que se sigan manteniendo las condiciones, se puede abrir una nueva cuenta ahorro-empresa, y volver a empezar el proceso de deducción.
 - Este proceso no es financieramente equivalente:
 - Por un lado la regularización es por todas las cantidades, la nueva deducción es sólo por lo depositado en el ejercicio con el límite de los 9.000 euros ya analizado.
 - Por otro lado es aplicable el ya citado artículo 70 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que exige un aumento del patrimonio del contribuyente, al menos en igual cuantía que las cantidades invertidas, lo que supone que no sea válido un mera transferencia de saldos: se requerirá además que las aportaciones a esta “segunda” cuenta ahorro-empresa, procedan del ahorro del ejercicio.
- Conviene recordar que para saber qué deducciones están fuera o dentro del plazo prescrito por la norma hay que acudir a la fecha en la que se realizaron los depósitos que dieron derecho a la deducción, no a la fecha de devengo del impuesto, ni

²⁷ Es una posibilidad, pero no un deber, la tramitación telemática de la constitución de estas sociedades (art.439 TRLSC).

²⁸ Artículos 5.1 del Código Civil y 48.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo.

considerar el periodo impositivo como un todo, ni, mucho menos referirse a la fecha de presentación de la declaración. Esto puede suponer que, en un mismo periodo impositivo haya deducciones improcedentes y otras que no lo sean, porque respecto de las cantidades depositadas de las que tuvieron causa, todavía no habían transcurrido cuatro años. Al hablar de la gestión de este tipo de deducciones veremos cuándo y cómo se procede a determinar y liquidar los derechos perdidos.

- Ni que decir tiene que este plazo concluye cuando el contribuyente constituye la sociedad nueva empresa o cuando desiste del proyecto: Si el contribuyente desiste expresamente de su propósito evidentemente todas serán indebidas y deberá regularizarlas; si el contribuyente simplemente abandona la idea sin tomar la iniciativa de regularizar todas las deducciones de una sola vez al cumplirse los cuatro años deberá proceder a la regularización de todas ellas.
- No se pueden olvidar los casos en los que no se llega a constituir la sociedad, o por lo menos el contribuyente no llega a ser socio fundador, por fallecimiento. Estos casos equivalen al desistimiento: no caben las deducciones, pues no se han cumplido las condiciones exigidas, ni se pueden ya cumplir de ninguna manera y habrá que regularizar. No tiene trascendencia el supuesto en el que los herederos destinan los fondos a constituir una Sociedad Nueva Empresa: las deducciones siguen siendo indebidas.

4.2.4. Gestión de las deducciones

4.2.4.1. Práctica de la deducción

El contribuyente que tiene derecho a practicar esta deducción deberá hacerlo efectivo en la declaración del Impuesto correspondiente al periodo en el que esas cantidades depositadas confirieron el derecho. La forma de ejercitarlo es consignar en la declaración esta deducción. Hay que tener en cuenta además lo siguiente:

- Lo ya dicho respecto de la insuficiencia de cuota íntegra para absorber la deducción: se pierde la parte de derecho, sin posibilidad de traslación a otro periodo.
- No declarantes: Los contribuyentes que tengan derecho a la deducción por cuenta-ahorro están obligados a declarar, artículo 96.4 de la Ley del Impuesto, que los incluye expresamente. Una interpretación estricta de este precepto implica que de no presentar declaración la Administración Tributaria puede exigir su presentación y sancionar el incumplimiento de la obligación de declarar. La misma interpretación supone que el contribuyente que no haya presentado en tiempo la declaración, pueda hacerlo de forma extemporánea, y que ésta deberá ser admitida, sin más reproche que la posible sanción por presentación fuera de plazo.
- Omisión de la deducción: de acuerdo con lo establecido de forma genérica en la Ley General Tributaria (artículo 120.3 y 122), el contribuyente puede, en tanto no haya prescrito el derecho, rectificar la declaración haciendo constar la deducción omitida, justificando suficientemente²⁹ la deducción ahora pretendida.

²⁹ Conforme establece el artículo 126.5, del Reglamento General de Aplicación de los Tributos, RD 1065/2.007, de 27 de julio.

4.2.4.2. Regularización de las deducciones indebidamente practicadas

Tal y como hemos visto el mecanismo de esta deducción implica que no se pueda conocer la corrección de las deducciones practicadas hasta mucho tiempo después. Como mínimo ese periodo será de cuatro años, pero podría ser mucho mayor si tenemos en cuenta que la corrección de las cantidades deducidas se vincula también a comportamientos de la sociedad constituida, comportamiento mantenidos en el tiempo³⁰, lo que podría dar lugar a que la deducción deviniera en incorrecta al cabo de seis o más años de su declaración, y en todo caso transcurrido el periodo de prescripción tributaria.

Lo primero que hay que aclarar al respecto es que la prescripción tributaria no alcanza a este supuesto: como no podría ser de otra manera, el impuesto se mantiene vivo, a los solos efectos del control de esta deducción, hasta que se pueda determinar por el cumplimiento de los requisitos legales, la corrección o incorrección de la deducción practicada, y sólo a partir de ese momento, comenzarán a correr los plazos de prescripción, repito, de ese único y exclusivo concepto.

En segundo lugar hay que recordar lo que la Ley General Tributaria establece para los supuestos de deducciones que, con posterioridad a su declaración, devienen incorrectas por incumplimiento de los requisitos previstos en sus normas. Este es el caso que nos ocupa y conviene deslindarlo del supuesto en que la deducción esta incorrectamente practicada a la luz de la norma desde un principio³¹, sin necesidad de contemplar el cumplimiento posterior de determinados aspectos.

Tendremos, pues casos de inorrección "originaria" y otros de inorrección "sobrevenida". Sobre los primeros nada hay que hablar: el contribuyente, advertido el error, debería presentar declaración complementaria, ingresando la cantidad resultante de la correcta aplicación de las normas, o pretendiendo una devolución menor. Por su parte la Administración podrá comprobar la corrección de esta deducción, regularizándola y exigiendo, en su caso, el ingreso que proceda o minorando la devolución solicitada por el contribuyente.

El segundo caso, el de la "inorrección sobrevenida" es más interesante. El artículo 122.2 de la Ley General Tributaria, en su segundo párrafo advierte que *"...cuando con posterioridad a la aplicación de una exención, deducción o incentivo fiscal se produzca la pérdida del derecho a su aplicación por incumplimiento de los requisitos a que estuviese condicionado, el obligado tributario deberá incluir en la autoliquidación correspondiente al periodo impositivo en que se hubiera producido el incumplimiento la cuota o cantidad derivada de la exención, deducción o incentivo fiscal aplicado de forma indebida en los periodos impositivos anteriores junto con los intereses de demora"*. Por su parte, el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (R.D. 439/2.007, de 30

³⁰ Tiempos, en algunos casos, a contar desde el inicio de actividad de la sociedad, no desde su constitución.

³¹ Supongamos que no se ha depositado cantidad alguna en la cuenta ahorro-empresa, que se ha hecho en un instrumento financiero no apto para la deducción, o que se pretende la deducción habiendo ya constituido otra Sociedad Nueva Empresa.

de marzo), en su artículo 59, repite el mismo procedimiento, distinguiendo, eso sí, la parte que debe recaer sobre la cuota estatal y sobre la cuota autonómica.

Esto supone actuar de la siguiente manera:

- Realizar un examen, a la hora de presentar la declaración, de las deducciones practicadas en periodos anteriores para decidir si en este momento siguen siendo correctas. Este examen debe realizarse mirando al periodo impositivo que ahora se declara y viendo si en ese periodo alguna deducción devino incorrecta.
- En general las deducciones vinculadas a plazos plantearán problemas cuando en ese periodo se haya producido el hecho que condiciona la deducción. Si miramos a la fecha de devengo del impuesto, podemos observar cumplidos los requisitos, pero si miramos cada día del periodo impositivo nos podemos encontrar con que, por ejemplo, la constitución de la sociedad, se realizó con posterioridad a los cuatro años desde la apertura de la cuenta ahorro-empresa y que hay cantidades depositadas desde hace más de cuatro años en fechas anteriores a la constitución de la sociedad, aunque todas ellas dentro del periodo impositivo. En estos casos, a nuestro entender, la deducción es incorrecta y debe regularizarse aun cuando, si observáramos el periodo impositivo como un todo veríamos que dentro del mismo periodo, en que cumplía el plazo, se ha realizado la constitución de la sociedad. En definitiva que el cumplimiento de las condiciones hay que examinarlo fecha a fecha, sin perjuicio de que, en ese mismo periodo impositivo, las condiciones acaben cumpliéndose.
- Por supuesto el análisis del cumplimiento de las condiciones no debe realizarse en el momento en que la declaración se presenta. Podría darse el caso en que el plazo, o en general las condiciones no se hubieran incumplido dentro del periodo impositivo que ahora se declara, pero sí estuvieran incumplidas en el momento de presentar la declaración. En estos casos, puesto que el incumplimiento se ha producido en un periodo posterior al que ahora se declara, habrá que esperar a la declaración de ese periodo, es decir, a la siguiente declaración, para proceder a regularizar las deducciones cuyos requisitos han sido incumplidos.
- Esto implica que tampoco es correcta la conducta de presentar declaraciones complementarias sobre los periodos en los que se aplicó la deducción que ha sucedido en indebida. El instrumento de regularización es la declaración del periodo en que se produce el incumplimiento de la conducta.
- Los intentos del contribuyente por acelerar la regularización una vez producido el incumplimiento parecerían ilógicos si no tuviéramos en la norma el importe que debe ser regularizado, y que incluye, aparte de las cantidades indebidamente deducidas, los correspondientes intereses de demora, que no son otros que los que indica el artículo 26.6 de la Ley General Tributaria. Parece absurdo y sin embargo del tenor literal no se desprende otra cosa, que un contribuyente que sabe que ha incumplido las condiciones para la deducción y que está dispuesto a regularizar la misma, devolviendo las cantidades de indebidamente dedujo, no pueda hacerlo hasta, posiblemente un año después y que no se pueda librar del pago de intereses también respecto de ese periodo en que quiso y no pudo practicar la regularización.

- La regularización de las deducciones en caso de fallecimiento antes de constituir la sociedad³², que, como afirmamos anteriormente siempre se debe producir, tiene la especialidad de que la regularización se producirá en la declaración que corresponda al periodo impositivo en que se ha producido el fallecimiento y que, tal declaración, será presentada por los herederos.

5. Conclusiones

Este ha sido el análisis de una deducción que, como vimos al inicio de este trabajo, debería integrarse dentro de un sistema planificado de incentivos empresariales, y en especial de incentivos a nuevos empresarios, las empresas familiares más genuinas que existen. Pero lo expuesto nos revela que la deducción peca de todos los vicios comunes a las políticas económicas y fiscales de este país: falta de planificación sistemática, de coordinación con otras medidas, excesiva complejidad en la norma, demasiadas limitaciones, condiciones y requisitos, exclusión de las deducciones para buena parte de las iniciativas que aspiraba a proteger...

Todo ello, en su conjunto, hace que el incentivo pase desapercibido, que no sea útil a la mayoría de los futuros empresarios, excepto para los poco más de mil contribuyentes que, hasta la fecha, se han acogido a él: una deducción, no lo olvidemos, pensada para ayudar fiscalmente al pequeño emprendedor que quiere iniciar su andadura en el mundo empresarial, primando al que empieza ahorrando para después poder “montar un negocio”: Pero vistos los resultados ¿estamos seguros que el incentivo está llegando a todos a los que deberíamos favorecer?

³² La obligación de mantener recordemos se circunscribe a transmisiones “inter vivos”.