

# MOROSIDAD Y FISCALIDAD EN ESPAÑA Y PORTUGAL EN LOS IMPUESTOS SOBRE SOCIEDADES Y SOBRE EL VALOR AÑADIDO

**LUIS CORCHERO ROMERO**

*Abogado y Asesor Fiscal  
Presidente de FUNDETRIB (Fundación para Estudios  
Tributarios y Empresariales de Extremadura)*

## **Extracto:**

LA morosidad en el tráfico económico profesional es una de las lacras que más está perjudicando el tejido empresarial. Sin duda implica una minoración de la capacidad económica que ha de tener reflejo en la imposición directa si no se quiere gravar injustamente una capacidad contributiva mayor que la real. Desde la perspectiva de la imposición indirecta, la morosidad supone una desviación de la carga tributaria hacia sujetos distintos de aquellos a los que la ley pretende incidir con el impuesto. Las normas fiscales, sin embargo, confieren un tratamiento a la morosidad ciertamente distorsionador, en cuanto distan de adaptarse a las consecuencias dañosas que el impago de las facturas ocasiona. Esta falta de adaptación, que en una situación normal puede observarse como una previsión curiosamente rigurosa, en el contexto de crisis económica constituye una rabiosa injusticia impropia de normas fiscales modernas de cuyo cumplimiento voluntario por los contribuyentes depende en gran medida el sostenimiento de las cargas públicas.

**Palabras clave:** IS, IVA, criterio de devengo, criterio de caja, pérdidas por deterioro de créditos, modificación de la base imponible, concurso de acreedores y créditos incobrables.

# DEFAULT AND TAXATION IN SPAIN AND PORTUGAL FROM THE PERSPECTIVE OF CORPORATE TAX AND VAT

**LUIS CORCHERO ROMERO**

*Abogado y Asesor Fiscal  
Presidente de FUNDETRIB (Fundación para Estudios  
Tributarios y Empresariales de Extremadura)*

## **Abstract:**

**D**EFAULT in payment in professional economic traffic is one of the most damaging scourges for the business network. It certainly implies a reduction of economic capacity that must be reflected in direct taxation, if an unjust taxation over the actual contributory capacity is to be avoided. From the perspective of indirect taxation default entails a deviation of the tax burden to persons other than those intended by the law. Tax regulation, however, gives default a distorted treatment, since it is far from adapting to the harmful consequences that non-payment of bills causes. This lack of adaptation, which in a normal situation could be seen as a curiously rigorous legal treatment, in the context of economic crisis constitutes a raging injustice improper of modern fiscal regulation, whose wilful compliance by taxpayers is greatly responsible for the sustainment of the public tax burden.

**Keywords:** Corporate Tax, VAT, accrual basis, cash basis, bad debt allowance, tax base adjustment, bankruptcy and insolvency proceedings.

# Sumario

El tratamiento fiscal español y portugués de la morosidad en los Impuestos sobre Sociedades y sobre el Valor Añadido.

- I. Introducción. El criterio de devengo en el contexto de la morosidad propia de la crisis económica.
  1. La problemática en el IS.
  2. La problemática en el IVA.
- II. El tratamiento fiscal de la morosidad en la península ibérica en el IS y en el IVA.
  1. La morosidad en el IS español y en el Imposto sobre Renta de Pessoas Colectivas (IRC) portugués.
  2. La morosidad en la imposición indirecta: IVA español. Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) portugués.
- III. Expectativas de futuro. El criterio de caja.

## EL TRATAMIENTO FISCAL ESPAÑOL Y PORTUGUÉS DE LA MOROSIDAD EN LOS IMPUESTOS SOBRE SOCIEDADES Y SOBRE EL VALOR AÑADIDO

Organizadas por la Fundación para Estudios Tributarios de Extremadura (FUNDETRIB), se han celebrado con fechas 18 y 19 de noviembre de 2010 en Badajoz y en la localidad portuguesa de Elvas respectivamente, las *II Jornadas de Fiscalidad Hispano Portuguesa*. En dichas jornadas se han abordado cuestiones de diversa naturaleza que eran merecedoras del interés profesional que rodea el contexto de las relaciones económicas que tienen lugar en el marco geográfico de la frontera luso española. Entre las conferencias pronunciadas tuvo lugar la dedicada al tratamiento fiscal de la morosidad en ambos países, a lo largo de cuya exposición, tomando como punto de partida el desajuste de la legislación fiscal basada en la aplicación del criterio de devengo con la actual realidad económica, se aborda la regulación de la materia en la normativa española y portuguesa, para, finalmente, extraer unas conclusiones y propuestas de *lege ferenda* que se consideran convenientes a fin de alcanzar una regulación más razonablemente adaptada al actual contexto socio económico.

### I. INTRODUCCION. EL CRITERIO DE DEVENGO EN EL CONTEXTO DE LA MOROSIDAD PROPIA DE LA CRISIS ECONÓMICA

Con motivo de la celebración en el mes de marzo de 2009 de unas jornadas técnicas tituladas «Respuestas ante la crisis», un grupo de catedráticos y profesores de Universidad <sup>1</sup> ponía de relieve las distorsiones que el criterio de devengo venía a producir en el marco de crisis económica en el que estamos inmersos, sugiriendo como una de las reacciones de la regulación fiscal a la crisis económica sustituir el criterio de devengo por el de cobros y pagos o, al menos, permitir su utilización opcional por el sujeto pasivo tanto en el Impuesto sobre Sociedades (IS) como el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

#### 1. La problemática en el IS

En efecto, en el IS rige el criterio de devengo del que se ocupa el artículo 19.1 del TRLIS: «Los ingresos y los gastos se imputarán en el periodo impositivo en que se devenguen, atendiendo a la corriente real de bienes y servicios que los mismos representan, con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera, respetando la debida correlación entre unos y otros». En el escenario de crisis económica en el que nos hallamos, el criterio de devengo provoca

<sup>1</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Javier; FACES GARCÍA, Fernando; DURBÁN OLIVA, Salvador y ADAME MARTÍNEZ, Francisco D.: «Respuestas ante la crisis: posibles medidas fiscales y financieras», *RCyT*. CEF, núms. 317-318 (agosto-septiembre 2009).

indudables distorsiones en la medida en que puede resultar exigible el impuesto correspondiente a una serie de facturas sin que se haya producido el cobro de las mismas. En no pocos casos, sin que dicho cobro vaya a producirse nunca. Parece más razonable en este contexto económico que los ingresos se puedan imputar en el periodo en que se cobran y, correlativamente, los gastos en el ejercicio en que se pagan. Es decir, el criterio de caja, que atiende, no al nacimiento de las obligaciones, sino a su efectivo cumplimiento. Propugnan como solución los autores de la propuesta la instauración del criterio de cobros y pagos como forma de evitar estos efectos indeseados en la aplicación de este impuesto. La regla general, sin embargo, es la del criterio de devengo, permitiéndose, tan solo, optar por la imputación en función de los cobros en el caso de las operaciones a plazo.

La posibilidad de aplicar el criterio de cobros y pagos se recoge, no obstante, aunque de forma excepcional en el apartado 2 del artículo 19, conforme al cual «la eficacia real de los criterios de imputación temporal de ingresos y gastos, distintos de los previstos en el apartado anterior, utilizados excepcionalmente por el sujeto pasivo para conseguir la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados, de acuerdo con lo previsto en los artículos 34.4 y 38 i) del Código de Comercio, estará supeditada a la aprobación por la Administración tributaria en la forma que reglamentariamente se determine».

La regulación a nivel reglamentario es ciertamente desalentadora. Conforme al artículo 31 del Reglamento del Impuesto, la solicitud habrá de presentarse con, al menos, seis meses de antelación a la conclusión del primer periodo impositivo respecto del que se pretende que tenga efectos. El procedimiento para obtener la aprobación administrativa, que deberá finalizar antes de seis meses, se configura con las notas de contradicción propias de otros procedimientos de gestión tributaria: posibilidad de que la Administración requiera datos, antecedentes, informes y justificantes; y de que el sujeto pasivo aporte los documentos y justificantes que estime convenientes; puesta de manifiesto antes de redactar la propuesta de resolución, plazo de alegaciones y, finalmente, resolución que pone fin al procedimiento. La Administración tributaria, por lo demás, suele ser reacia a la aprobación del criterio solicitado por el sujeto pasivo.

No parece muy adaptada esta regulación a la realidad social y económica que nos preside. Una regulación que pretendiera adaptarse a la problemática generada por la crisis económica debería establecer la posibilidad de que los sujetos pasivos se acogieran al criterio de caja mediante la mera indicación de la opción escogida en el propio modelo de declaración del impuesto.

La reacción que la regulación fiscal ofrece frente al problema de la morosidad no es otra que la posibilidad de deducir como gasto la provisión por deterioro de créditos, algo que se reserva para casos restringidos, como luego analizaremos, y que no resulta en modo alguno satisfactorio en los tiempos que corren.

## 2. La problemática en el IVA

En el IVA las distorsiones producidas por el criterio de devengo adquieren una mayor gravedad y requiere con más urgencia una revisión normativa.

Como es conocido, en el IVA la exigibilidad del impuesto tiene lugar en el periodo en que se produce la entrega de los bienes o la prestación de los servicios. Con mucha más frecuencia que en el IS (puesto que los periodos de liquidación son más cortos), en el actual escenario de crisis financiera, muchos sujetos pasivos se ven obligados a ingresar al Estado cuotas repercutidas que no han sido cobradas.

La distorsión que esta situación produce en la tesorería de las empresas es sumamente dañosa para el tejido económico y, lo que es más significativo, desborda de manera alarmante los criterios más elementales de justicia fiscal. El ejemplo más lacerante tiene lugar cuando los destinatarios de las entregas de bienes o prestaciones de servicios son entes públicos. Resulta absolutamente injustificable que el Estado exija al empresario o profesional el ingreso de cuotas que le han sido repercutidas cuando él mismo se retrasa abultadamente en su pago al sujeto pasivo proveedor de los bienes o prestador de los servicios.

En el momento crítico que atraviesa nuestra economía, la aplicación del criterio de devengo conduce a un sistema injusto en el que se «premia» al que compra y no paga y se «castiga» al que vende y no cobra. A una conclusión parecida se llega si se compara el distinto tratamiento en el IVA de los pagos anticipados (en los que se produce el devengo anticipado del impuesto) y de los pagos atrasados, que no comportan diferimiento alguno en la exigibilidad del impuesto.

Las estremecedoras consecuencias que exponencialmente se desprenden en el actual contexto deberían motivar una profunda reflexión de los poderes públicos acerca de la remoción de esta injusta situación, aborrecida en la práctica de forma unánime. Un sistema fiscal que se considera tan apartado de los más elementales criterios de justicia corre el riesgo de volverse ineficaz para los fines recaudatorios a que está llamado.

El criterio de caja se impone como solución necesaria frente a la situación descrita. Es decir, que el IVA se considere devengado cuando se cobra a la vez que pueda ser deducida una vez sea satisfecha la cuota soportada no solo es el común sentir de los profesionales. Constituye el clamor popular.

## **II. EL TRATAMIENTO FISCAL DE LA MOROSIDAD EN LA PENÍNSULA IBÉRICA EN EL IS Y EN EL IVA**

La reacción de los ordenamientos tributarios español y portugués frente a la morosidad y las consecuencias que produce la aplicación del criterio de devengo se canaliza en el IS a través de la deducción de la provisión por deterioro de créditos (la antigua provisión por insolvencias) y en el IVA mediante la recuperación de las cuotas devengadas.

En las próximas líneas se analizará la normativa de ambos países en la materia, anticipando desde ya lo insuficiente que resulta el remedio legal para corregir las distorsiones que la aplicación del criterio de devengo provoca en el contexto de crisis económica.

## 1. La morosidad en el IS español y en el Imposto sobre Renta de Pessoas Colectivas (IRC) portugués

Los efectos negativos para un sujeto pasivo de estos impuestos ocasionados por la morosidad de alguno de sus clientes tratan de ser paliados desde el punto de vista fiscal a través de la posibilidad de considerar como gasto deducible la provisión por deterioro de créditos («perdas por imparidade» en el ordenamiento portugués), que viene a corresponderse con la antes llamada provisión para insolvencias. Se prevé así la posibilidad de «neutralizar» fiscalmente un ingreso con la posibilidad de computar como gasto deducible el crédito impagado.

Sin embargo, esta neutralización, que no sería necesaria si el criterio de imputación temporal aplicado fuese el de cobros y pagos en lugar del de devengo, está sometida a unos requisitos tales que, en la práctica, ponen de relieve la distorsión que produce la fiscalidad sobre la actividad económica en esta materia. En efecto, tanto en la normativa española como en la portuguesa la deducibilidad de la provisión por deterioro de créditos está restringida a ciertos supuestos, muy semejantes en la configuración de ambas legislaciones, que, en la práctica, limitan enormemente su aplicación, con el consiguiente daño para las empresas que no logran cobrar sus créditos.

Así, a la vista de lo establecido en los artículos 12.2 del TRLIS (español) y 36 del CIRC (portugués) podemos enunciar que los casos en los que se admite la deducción de la provisión por deterioro de créditos se relegan a las situaciones de crisis económica del deudor, reclamación judicial y retraso en el pago por más de seis meses. La normativa española contempla otro supuesto adicional consistente en que el deudor haya sido procesado por un delito de insolvencia punible. Nos detendremos a examinar los supuestos mencionados.

### *A) La crisis económica del deudor*

En esta materia, para la deducibilidad de la provisión por deterioro de créditos, la ley española exige que el deudor haya sido declarado en situación de concurso. En la misma línea, la norma portuguesa requiere que el deudor tenga pendiente un proceso de insolvencia y de recuperación de empresas, si bien admite además la deducción de la provisión cuando el deudor tenga pendiente un procedimiento de ejecución sobre sus bienes o derechos. El matiz diferencial portugués es digno de ser destacado, puesto que contempla el supuesto no poco frecuente de que el deudor, a pesar de hallarse en una situación de insolvencia, no inste su declaración de concurso. En estos casos, la existencia de un procedimiento de ejecución individual, cualquiera que sea el acreedor que lo promueva, debería tener la misma consecuencia a efectos fiscales que la declaración de concurso. Así lo reconoce la legislación portuguesa. En España, en cambio, se exige que sea el propio sujeto pasivo del IS que pretende deducirse el deterioro del crédito el que inicie una reclamación judicial (lo que nos situaría en el contenido del apartado siguiente), sin que pueda ser tenida en cuenta la situación de crisis económica del deudor evidenciada por la existencia de ejecuciones individuales sobre su patrimonio seguidas a instancia de otros acreedores distintos del sujeto pasivo.

Que la insolvencia pueda ser evidenciada a efectos fiscales por la existencia de procedimientos singulares de ejecución es una pauta que en la legislación portuguesa viene apoyada por la existencia de un sistema de publicidad basado en el registro informático de ejecuciones creado por la reforma del Código Procesal Civil portugués del año 2003<sup>2</sup>. Este registro permite conocer los procedimientos de ejecución seguidos contra un deudor y sus vicisitudes, razón por la que, tanto en la materia que nos ocupa, como para la recuperación del IVA (como veremos) la norma portuguesa emplea frecuentemente la referencia de un procedimiento de ejecución para tener por acreditada la situación de insolvencia.

La exigencia española de que el deudor esté declarado en situación de concurso a la fecha de devengo de impuesto (cierre del ejercicio) obliga a tener en cuenta que dicha declaración ha de efectuarse mediante auto dictado por el Juez de lo Mercantil que esté conociendo del concurso. Esta exigencia en la práctica puede producir algunas sorpresas desagradables en aquellos procedimientos concursales que se inician en los últimos meses del ejercicio, ya que, en estos casos, dados los atascos que padecen muchos Juzgados de lo Mercantil, no es improbable que el auto de declaración de concurso sea dictado con posterioridad a la fecha del cierre del ejercicio, lo que impediría la deducción de la provisión por deterioro en el propio ejercicio en el que se inició el procedimiento. A este respecto, no debemos olvidar que, en el caso más general de los concursos voluntarios, la Ley Concursal (arts. 13 y 14) establece que el auto de declaración de concurso, en el supuesto de que el Juez aprecie la insolvencia del deudor, deberá ser dictado en el mismo día del reparto de la solicitud de concurso o, de no ser posible, en el siguiente hábil. A lo sumo, podrá mediar adicionalmente el plazo de subsanación de cinco días para el caso de que la solicitud presentada por el deudor adolezca de algún defecto que requieran de aquella. Es decir, el auto declarativo de la situación de concurso (en el ámbito de los concursos voluntarios, que es el mayoritario) debería ser dictado en un plazo, a lo sumo, no superior a siete días hábiles desde que se presentó la solicitud por el deudor. Como se sabe, en la práctica la Administración de Justicia no puede, en muchas ocasiones, cumplir con los plazos establecidos en la ley. Por ello, en los casos en que el cliente deudor de un sujeto pasivo presente

<sup>2</sup> Este registro fue creado por el Decreto Lei n.º 38/2003, de 8 de marzo, que reformó el artículo 806 del Código Procesal Civil, modificado después por los Decretos Leis n.ºs 199/2003, de 20 de septiembre, y 53/2004, de 18 de marzo.

1. El registro informático de ejecuciones contiene una relación de los procesos de ejecución pendientes y, respecto de cada uno de ellos, la siguiente información: a) identificación del procedimiento; b) el agente de ejecución (en España esta función es cumplida por el Procurador); c) identificación de las partes; d) solicitud; e) bienes señalados para embargo; f) bienes embargados; g) identificación de los créditos reclamados.
2. En el mismo registro consta igualmente una relación de las ejecuciones finalizadas o suspendidas, con mención, además de los extremos referidos en el apartado anterior, de los siguientes: a) la extinción con pago íntegro; b) la extinción con pago parcial; c) la suspensión de la instancia por no haber sido encontrados bienes embargables en los términos establecidos en los artículos 832.3.º y 833.6.º.
3. Los datos a que se refieren los párrafos anteriores serán introducidos diariamente por la Secretaría de la ejecución.
4. En el curso del procedimiento se procederá, además, a la introducción de los siguientes datos: a) la declaración de insolvencia y el nombramiento de un administrador, bien como terminación de un procedimiento especial de insolvencia, bien como su extinción por falta o insuficiencia de bienes susceptibles de traba; b) el archivo del proceso ejecutivo por no haberse encontrado bienes para embargo.
5. Los datos previstos en el número anterior serán acompañados de las menciones establecidas en los apartados a) y c) del número 1.

El artículo 807 del Código Procesal Civil dispone en su apartado 1.º que el titular podrá en todo momento solicitar la rectificación o actualización de los datos inscritos en el registro, pudiendo ser eliminada a requerimiento del deudor la mención de finalización con pago parcial o de suspensión de la ejecución una vez que este demuestre el cumplimiento de la obligación. El apartado 3 establece quiénes son las personas que pueden acceder al registro y las condiciones para ello.

solicitud declaración de concurso en el último trimestre del ejercicio y no hayan transcurrido seis meses desde el vencimiento de la obligación, este deberá estar muy atento a la fecha de declaración de concurso si quiere poder deducir la provisión por deterioro de créditos procediendo, en su caso, a la reclamación judicial. Y ello a pesar de que dicha reclamación judicial en la mayoría de las ocasiones no vaya a tener una eficacia distinta del desenvolvimiento natural del concurso. Este remedio puede resultar, así, acaso desproporcionado, pero mayor puede resultar la desproporción que se produce para un sujeto pasivo si tiene que declarar como ingresos las facturas impagadas y, pese a la casi total certeza de que no serán cobradas (o lo serán en una parte y tras una espera considerable), no serle admitida como gasto deducible la provisión por deterioro de créditos. Quizás este problema se habría evitado si, en lugar de exigirse la declaración de concurso a la fecha de devengo del impuesto, el requisito legal hubiese sido el de la presentación de solicitud de declaración de concurso antes de la fecha de cierre del ejercicio del sujeto pasivo acreedor, si bien condicionada a que el Juzgado de lo Mercantil correspondiente dicte finalmente el auto declarativo de la situación concursal, cualquiera que sea la fecha de este.

### *B) La reclamación judicial o sometimiento a procedimiento arbitral*

El supuesto de haberse reclamado judicialmente el cobro de los créditos como requisito para la deducibilidad de la provisión por deterioro de los créditos morosos no reviste diferencias en las legislaciones española y portuguesa.

El requisito de la reclamación judicial confiere una nota de evidencia de que el crédito no va a ser pagado voluntariamente por el deudor y que, por tanto, dentro de la base imponible del impuesto debe quedar neutralizado el ingreso correspondiente a las facturas impagadas con el gasto relativo a la provisión por deterioro de créditos. Ahora bien, la reclamación judicial frente a un cliente moroso lleva aparejada en la práctica la rotura definitiva de las relaciones comerciales, lo cual determinará que el acreedor en muchas ocasiones opte por no acudir a esta vía, teniendo que soportar la injusta carga tributaria derivada del ingreso correspondiente a una factura impagada. En la situación de crisis económica el legislador debería suavizar este requisito, como, por ejemplo, ha tenido lugar en relación con el IVA, respecto del cual, como veremos (y sin que la solución nos parezca totalmente satisfactoria), se admite, junto a la reclamación judicial, el requerimiento notarial de pago o, incluso, tratándose de entes públicos, una mera certificación administrativa, lo que, además, permitiría combatir otra de las críticas al requisito de la reclamación judicial, cual es el coste en que ha de incurrir el sujeto pasivo para acometer la misma.

En relación con esta última cuestión, no todas las reclamaciones judiciales tienen que implicar un coste demasiado gravoso para el acreedor. En este sentido, aunque, obviamente, excede del objeto de este artículo, puede resultar interesante recordar la existencia de modalidades de reclamación que no llevan necesariamente aparejados los costes ocasionados por la preceptiva intervención de abogado y procurador. Nos referimos, en primer lugar, dentro del ordenamiento procesal español al procedimiento de acto de conciliación previsto en los artículos 460 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (modificada en lo que se refiere a este procedimiento por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre) en el que, en el caso de alcanzarse un acuerdo entre las partes, debidamente proto-

colizado por el órgano judicial, se convierte en título ejecutivo con igual fuerza que una sentencia de condena. La actual Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 introdujo el procedimiento monitorio para la reclamación de créditos de importe inferior a 250.000 euros (tras la reforma por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre), procedimiento en el que basta una mera solicitud firmada por el acreedor (existen también formularios a su disposición en los Juzgados de Primera Instancia) junto con el justificante de la deuda que consista, bien en documentos firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca, o cualquier otra señal proveniente del mismo; bien, en facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax, o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor. Si el deudor no se opone a la solicitud, se dictará auto despachando ejecución y se podrá proceder contra los bienes de este. Si hay oposición (para la que sí se precisa de abogado y procurador), se concederá al solicitante el plazo para iniciar el procedimiento declarativo que proceda mediante la correspondiente demanda.

El trasunto del procedimiento monitorio en el ordenamiento procesal portugués es el *processo de injunção*, que ya había sido instaurado varios años antes de la aparición de aquel en España, a raíz del Decreto Lei n.º 404/1993, de 10 de diciembre. Se trata igualmente de una providencia cuyo objeto es permitir al acreedor de una prestación pecuniaria de montante no muy elevado obtener un título ejecutivo para su cumplimiento coercitivo, de un modo rápido y simplificado. El esquema de funcionamiento es muy similar al del procedimiento monitorio.

### C) *El transcurso de seis meses desde el vencimiento de la obligación*

El retraso en el pago por más de seis meses es considerado por las legislaciones tanto española como portuguesa, como causa de deducibilidad de la provisión por deterioro de créditos. Sin embargo, la legislación portuguesa resulta más restrictiva en esta materia que la española, y ello, tanto por los requisitos adicionales que exige, como por las limitaciones porcentuales de los gastos que se consideran deducibles en la norma lusa.

En efecto, a diferencia del TRLIS español, que solo exige para la deducibilidad de la provisión que el retraso en el cobro sea de más de seis meses desde la fecha de vencimiento de la obligación, la ley portuguesa impone, además, que el sujeto pasivo tenga que probar objetivamente el deterioro del crédito, así como las diligencias extrajudiciales efectuadas para el cobro. El CIRC portugués impone, pues, una actividad al sujeto pasivo tendente al cobro de su crédito, sin que sea suficiente dejar transcurrir el plazo de seis meses.

Pero, además, la norma portuguesa establece una limitación porcentual escalonada por categorías de créditos, atendiendo a la antigüedad de los mismos. Así, los créditos morosos de una antigüedad entre 6 y 12 meses, solo podrán ser deducidos en un 25 por 100, porcentaje que es del 50 por 100 para créditos en los que la mora se sitúa entre los 12 y los 18 meses; y del 75 por 100 cuando la mora es de más de 18 meses y menor de 24. Únicamente los créditos morosos con una antigüedad superior a 24 meses admiten la deducción del 100 por 100 de su importe.

#### *D) El hecho de haber sido procesado el deudor por delitos de insolvencias punibles*

Esta causa de deducibilidad de la provisión por deterioro de créditos solo se establece en la ley española y no en la portuguesa. Nos hallamos, pues, ante la admisión por el TRLIS español, como causa de deducción, del resultado de la actividad procesal sobre el deudor en el ámbito penal (su procesamiento por causa de un delito de este tipo). Ahora bien, esta actividad procesal (de acusación) podrá ser promovida por un tercero, no necesariamente el sujeto pasivo.

En realidad, el silencio de la norma portuguesa es lógico ya que, como hemos visto en el capítulo de causas ligadas a la situación de crisis del deudor, preveía como supuesto deducible el que el deudor tuviera pendiente un proceso de ejecución. Este proceso de ejecución constituye, en la práctica, el presupuesto previo para que al deudor pueda serle imputado un delito de insolvencias punibles. Es decir, será necesario en muchas ocasiones que haya sido demostrado en el curso de un procedimiento ejecutivo, que el patrimonio del deudor es insuficiente para hacer frente al pago de sus acreedores a causa de una maniobra fraudulenta del deudor. Por tanto, al admitir como causa de deducción el tener un proceso de ejecución pendiente, huelga en la norma portuguesa una previsión como la que contiene la ley española.

#### *E) Excepciones a la deducibilidad*

Tanto la normativa española como la portuguesa exceptúan de la deducibilidad de la provisión por deterioro determinados supuestos, muy similares, aunque con algún matiz diferencial. Por razones sistemáticas agruparemos estos supuestos de la siguiente forma:

- a) Créditos adeudados o afianzados por entes públicos, o que cuenten con garantía real o con otra garantía personal otorgada por entidades bancarias, sociedades de garantía recíproca o, incluso, con un seguro de crédito y caución.

Esta categoría de créditos tiene como característica común el que, por la condición del deudor, o por la existencia de garantías, se tiene la certeza o la presunción razonable de que el cobro del crédito se producirá. De ahí que queden excluidos, por regla general, de la posibilidad de integrar la provisión deducible por deterioro de créditos.

Ahora bien, más allá de la denominación legal, desde la perspectiva del significado de la provisión por deterioro de créditos cabe criticar esta exclusión. En efecto, la deducibilidad de dicha provisión ha de conectarse con la cuestión temporal de la imputación de ingresos y gastos. Por mucha que sea la certeza del cobro del crédito, no resulta justo ni conforme con el principio de correlación de ingresos y gastos que se excluya la deducción de la provisión cuando afecta a esta categoría de créditos. Como se sabe, la provisión por deterioro de créditos es un gasto de naturaleza reversible, de forma que si después de haber sido dotada, se produce el cobro, total o parcial, del crédito, procederá computar un ingreso por la parte correspondiente al cobro obtenido. Por ello, ante este tipo

de créditos, la certeza de cuyo cobro se compagina muchas veces con un enorme retraso en el mismo, no parece justificarse la exclusión de la deducibilidad de la provisión por deterioro de créditos. Si un ente público o una entidad bancaria se retrasa en el pago de un crédito del que es titular el sujeto pasivo, se debería permitir a este dotar con efectos fiscales la provisión por deterioro de créditos a fin de lograr un resultado razonablemente más justo.

La normativa española y la portuguesa coinciden en excluir como gasto deducible la provisión que afecte a estos créditos. No obstante, a diferencia del código portugués, el TRLIS español admite, a modo de excepción a la excepción, la salvedad de que sean objeto de un procedimiento arbitral o judicial que verse sobre su existencia o cuantía.

En relación con los créditos con garantía real, la norma portuguesa emplea la expresión de cualquier especie de garantía real. La ley española parece acusar más recelo y alude expresamente a otros supuestos fronterizos como el pacto de reserva de dominio y el derecho de retención. Por otro lado, la norma española exceptúa de la exclusión los supuestos de pérdida o envilecimiento de la garantía. A pesar del silencio de la norma portuguesa en relación con este punto, no creemos que esta excepción a la exclusión sea contraria al espíritu de la norma lusa y, por ende, rechazable por esta.

Curioso resulta destacar que los créditos avalados por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca, a diferencia de la ley española, no aparecen formalmente excluidos por el CIRC portugués, que limita expresamente la exclusión a los créditos cubiertos son seguro de caución.

## b) Créditos con partes vinculadas

Tanto el TRLIS español como el CIRC portugués excluyen de la provisión fiscalmente deducible por deterioro de créditos, los que ostenta el sujeto pasivo frente a personas que se encuentran con él en situación de vinculación.

La exclusión prevista en la norma portuguesa se limita a los créditos de que el sujeto pasivo sea titular frente a:

- Personas físicas o jurídicas que detentan una participación superior al 10 por 100 en el capital del sujeto pasivo.
- Miembros de sus órganos de administración.
- Empresas en cuyo capital el sujeto pasivo ostente una participación superior al 10 por 100.

La norma española, en cambio, excluye los créditos frente a personas o entidades vinculadas, lo que implica remitirnos al variado elenco de situaciones de vinculación previstas en el artículo 16.3 del TRLIS, debiendo aquí recordar que, cuando se trate de una relación socio-sociedad, el porcentaje de participación tenido en cuenta para entender producida la vinculación es del 5 por 100 cuando se trate de entidades no cotizadas o del 1 por 100 en caso contrario.

Por un claro motivo de recelo por parte de los órganos legisladores, dadas las posibilidades de relaciones de control entre deudores y acreedores vinculados, las legislaciones española o portuguesa excluyen la posibilidad de deducir la provisión por deterioro de créditos cuando el deudor moroso es una persona o empresa vinculada en los términos antes descritos. Sin embargo, ambos cuerpos legales admiten (excepción a la excepción) la posibilidad de que se trate de indubitadas situaciones de dificultad o imposibilidad de cobro, en cuyo caso la solución legal debe ser distinta. En la ley española esta salvedad viene constituida por el hecho de que el deudor esté afectado por una «insolvencia judicialmente declarada». La expresión legal revela que el recelo del legislador persiste, incluso, en el caso de que el sujeto pasivo pudiera haber llegado a formular reclamación judicial frente al deudor vinculado. La fórmula legal, aunque rigurosa, tiene una significación más amplia que la declaración de situación de concurso por auto judicial, dando cabida a un número mayor de situaciones posibles, como, por ejemplo, la constatación judicial de la insolvencia del deudor en un procedimiento de ejecución. Por su parte, el CIRC portugués exceptiona no solo los casos de que el deudor tenga pendiente un proceso de insolvencia o de recuperación de empresas (similar al antiguo de quiebra y de suspensión de pagos) o un procedimiento de ejecución; además exceptúa el caso en que frente al deudor se haya formulado reclamación judicial.

### c) Créditos expresamente prorrogados y renovados

Esta causa de exclusión, tan solo formulada expresamente en la ley española, acaso puede resultar innecesaria, ya que la misma se desprende directamente del tenor literal del artículo 12.2 letra a), cuando exige que hayan transcurrido seis meses desde el vencimiento de la obligación. Evidentemente, la concesión de una prórroga o una renovación implica una novación de la obligación en cuanto a su vencimiento que, al quedar fijado en un momento posterior, impedirá la deducibilidad de la provisión en tanto no se produzca el transcurso del plazo de seis meses a contar desde el nuevo vencimiento. No existe problema alguno para entender existente esta misma cautela en la norma portuguesa.

## 2. La morosidad en la imposición indirecta: IVA español. Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) portugués

En los casos del IVA la problemática de la morosidad, como hemos visto, consiste en que el sujeto pasivo del impuesto, a causa de la aplicación del criterio de devengo, se ve obligado a ingresar las cuotas repercutidas por razón de dicho impuesto sin haber llegado a cobrarlas. La reacción paliativa de la normativa fiscal no es otra que la recuperación de las cuotas repercutidas ingresadas, si bien sometiéndola a requisitos que continúan siendo de enorme rigor a pesar de las modificaciones legales que han pretendido suavizarlos.

En la Ley española del IVA (LIVA), a la recuperación de las cuotas repercutidas se dedican los artículos 80 («modificación de la base imponible») y 89 («rectificación de las cuotas impositivas repercutidas»). El Código do Imposto sobre Valor Acrescentado regula en su artículo 78.7 («regularizaciones») la deducción de las cuotas repercutidas no cobradas por el sujeto pasivo.

Aunque ambas regulaciones responden a la misma filosofía, por razones de conveniencia sistemática, abordaremos el tratamiento de la materia en ambas legislaciones por separado, bien entendido que no es el propósito de este trabajo un examen exhaustivo y detallado de esta problemática, sino una exposición de la reacción del ordenamiento fiscal al problema de la morosidad para, finalmente, comparar el escenario con el que resultaría con la aplicación del criterio de caja que propugnábamos al comienzo del mismo.

### *2.1. La recuperación del IVA afectado de morosidad en la normativa española*

El artículo 80 de la LIVA establece dos causas para que pueda tener lugar la recuperación del IVA por razón de la morosidad. Una, que se haya producido la declaración de concurso sin haberse hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas; y, dos, que se trate de créditos que la ley considera total o parcialmente incobrables, a partir de la concurrencia, fundamentalmente, de su reclamación por el acreedor y del transcurso de un determinado plazo de tiempo (sin perjuicio de otros requisitos adicionales). Por haber sido objeto de reciente reforma por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, proveniente de los llamados «pactos de Zurbano», no queremos eludir algunos comentarios a la luz de las modificaciones normativas realizadas.

#### A) Declaración de concurso sin haberse hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas

El sujeto pasivo del impuesto podrá modificar la base imponible del impuesto correspondiente a los créditos morosos cuando, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte auto de declaración de concurso del deudor.

De la expresión legal resulta una clara simetría entre los créditos por los que se puede proceder a la modificación de la base imponible y los créditos concursales que han de figurar en la masa pasiva del concurso. Cabe preguntarse por la desventajosa situación en que pueden encontrarse los créditos posconcursoales, es decir, los devengados con posterioridad a la fecha del auto declarativo del concurso. Como se sabe, dichos créditos se corresponden con los créditos contra la masa, a cuyo pago, ordena la Ley Concursal, habrá de procederse a sus respectivos vencimientos (art. 154.2 LC). Sin embargo, esta previsión legal puede resultar insuficiente si no existen suficientes recursos en la masa activa para atender al pago de los créditos contra la masa. Parece desproporcionado en este contexto exigir a los acreedores, a fin de poder recuperar el IVA correspondiente a las cuotas repercutidas y no cobradas, tener que someterse a la espera del transcurso del plazo (de 6 o 12 meses según los casos) a la necesidad de instar judicial o notarialmente su cobro.

El plazo máximo para la modificación de la base imponible por esta causa (un mes a contar desde la publicación en el BOE del auto de declaración del concurso) es el plazo del que disponen los acreedores para comunicar sus créditos a la administración concursal. Ello obliga en la práctica a una ajustada coordinación operativa de trámites tributarios y concursales: conocido el auto de declaración de concurso, el sujeto pasivo deberá proceder en el mes siguiente a la modificación de la base

imponible y a la expedición de una factura rectificativa en la que se eliminen las cuotas repercutidas no cobradas; y, por disposición de la Ley Concursal, a la comunicación a la administración concursal del crédito por el nuevo importe resultante de la eliminación de las cuotas del IVA. Con posterioridad, deberá remitir la correspondiente factura rectificativa al deudor y, finalmente, deberá notificar a la Administración tributaria la modificación de la base imponible en los términos reglamentariamente establecidos, lo que deberá realizarse en el plazo de un mes desde la expedición de la factura rectificativa en la que se documentó la modificación de la base imponible.

Modificada la base imponible no existirá obligación de rectificar nuevamente al alza el IVA a menos que tenga lugar la revocación por auto firme de la Audiencia Provincial del auto de declaración de concurso, el pago o consignación de la totalidad de los créditos o satisfacción de otro modo; o, finalmente, el desistimiento o renuncia de todos los acreedores reconocidos aceptado por resolución judicial firme, circunstancias todas ellas de difícil acaecimiento. Tan solo el supuesto de revocación es pensable en los supuestos de concurso necesario, en los que es previsible la reacción impugnatoria del concursado. Sin embargo, en la práctica, la proporción de concursos necesarios en comparación con los voluntarios es ciertamente pequeña, lo cual convierte en excepcional la obligación de rectificar nuevamente el IVA al alza.

B) Cuando los créditos correspondientes a las cuotas repercutidas sean total o parcialmente incobrables

Resulta ciertamente equívoca la expresión utilizada por la ley, pues, en realidad, al referirse a créditos total o parcialmente incobrables, la ley crea un concepto puramente técnico a efectos del IVA, alejado del significado literal del término. Así, resulte mayor, menor o nula la probabilidad de su cobro, a estos efectos, un crédito se considera incobrable cuando concorra conjuntamente una serie de requisitos, no todos los cuales tienen relación con elementos indicadores de la imposibilidad o dificultad de cobro.

Los requisitos de los que hablamos son:

1. Que haya transcurrido el plazo de un año (o de seis meses cuando se trate de un empresario o profesional cuyo volumen de operaciones no hubiese excedido durante el año natural inmediato anterior de 6.010.121,04 euros) desde el devengo del impuesto repercutido sin que se haya obtenido total o parcialmente el cobro del mismo.

La reducción del plazo de un año a seis meses para sujetos pasivos que cumplan el requisito del volumen de facturación expresado ha sido una de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, citado.

Como es lógico, tratándose de operaciones a plazos o con precio aplazado, el plazo se contará desde el vencimiento del plazo o plazos impagados a fin de proceder a reducir proporcionalmente la base imponible.

2. Que en los libros exigidos por la normativa del impuesto exista reflejo de dicha circunstancia. Ello equivale a que las facturas expedidas en que se repercutieron las cuotas figuren

registradas correctamente en el libro de facturas expedidas. Como puede apreciarse, este requisito nada tiene que ver con un indicador de dificultad de cobro.

3. Que el destinatario de la operación actúe en la condición de empresario o profesional o que, en caso contrario, la base imponible de aquella sea superior a 300 euros, IVA excluido. Tampoco, como vemos, se trata de un requisito conectado a una nota indiciaria de imposibilidad o dificultad de cobro.
4. Que el sujeto pasivo haya instado su cobro mediante reclamación judicial o (tras la reforma operada por el RDL 6/2010 antes referido) por medio de requerimiento notarial.

Avance importante de la reforma es la posibilidad de modificar la base imponible por razón de créditos morosos adeudados por entes públicos, dentro de esta categoría de créditos incobrables. La nueva redacción legal establece que, tratándose de créditos adeudados por entes públicos, la reclamación judicial o el requerimiento notarial se sustituirá por un certificado expedido por el órgano competente del ente público deudor de acuerdo con el informe del interventor o tesorero de aquel en el que conste el reconocimiento de la obligación a cargo del mismo y su cuantía. Se trata, evidentemente, de una clara mejora de la situación del sujeto pasivo titular del crédito moroso, que no solo podrá modificar la base imponible en estos supuestos, sino que, además, no se verá obligado a demandar al ente público (ni siquiera al enojoso trámite de requerirle notarialmente de pago). Sin embargo, los términos empleados por la norma parecen obligar a obtener el certificado que haya de expedir el órgano competente del ente público, y ello aunque se hubiese formulado una reclamación judicial o un requerimiento notarial de pago. Habría sido más afortunado permitir la opción del sujeto pasivo de sustituir dichos trámites por el repetido certificado.

El plazo para efectuar la modificación de la base imponible es de tres meses desde la finalización del plazo de un año (o de seis meses, tras la reforma) desde la fecha de devengo del impuesto. Llamamos la atención acerca de que para los empresarios o profesionales beneficiarios de la reducción del plazo de espera a seis meses, el plazo total del que disponen para formular una reclamación judicial o un requerimiento notarial de pago frente a su cliente es, en total, de nueve meses. Habida cuenta de que instar el cobro de un crédito en cualquiera de las formas legalmente contempladas implica en la mayoría de los casos renunciar a una futura relación comercial, en esta época en que la cadena de impagos puede hacer más comprensible la existencia un retraso en el cobro, es posible que no pocos sujetos pasivos del impuesto hayan de renunciar a recuperar el IVA repercutido, ingresado y no cobrado, si para ello tienen que instar el cobro judicial o notarialmente en menos de nueve meses y dar al traste con una relación comercial futura. Quizás por ello habría sido más deseable que la norma, además de reducir el plazo de espera a seis meses para ciertos sujetos pasivos, hubiese concedido a estos un plazo voluntario mayor de tres meses para la modificación de la base imponible, a fin de que la reforma pudiera ser aprovechada en muchos más supuestos por las empresas que hayan de afrontar el dilema entre recuperar el IVA o romper, en algunas ocasiones antes de tiempo, una relación comercial.

La cuestión del plazo de tres meses para modificar la base imponible despierta alguna incógnita cuando se trata de créditos adeudados por entes públicos ante la necesidad de obtener el certificado a que antes se ha hecho referencia. ¿En qué momento ha de obtenerse el certificado? A diferencia de los casos de reclamación judicial o de requerimiento notarial de pago, que son actividades directamen-

te realizables por el sujeto pasivo, en el caso del certificado expedido por el órgano competente del ente público de acuerdo con el informe del interventor o tesorero de aquel en el que conste el reconocimiento de la obligación a cargo del mismo y su cuantía, el sujeto pasivo depende de la actuación del propio ente administrativo, la cual puede realizarse o no dentro del plazo de tres meses para la modificación. La reforma legal ha resultado ciertamente parca ante la problemática que puede suscitarse en relación con el mencionado certificado. Entendemos que, a diferencia de los otros dos mecanismos para instar el cobro de los créditos morosos, el certificado requerido por la ley ha de expedirse con posterioridad al transcurso del plazo «de espera» de un año o de seis meses. La ley, en efecto, no establece un plazo para ejercitar una acción judicial o para dirigir el requerimiento notarial de pago, pudiendo tener lugar estos antes del transcurso del plazo de seis meses o de un año a que el sujeto pasivo debe esperar, en estos casos, para modificar la base imponible. Sin embargo, la solución no parece ser la misma en relación con el certificado que ha de expedir el ente público, que es definido como de «acreditación documental del impago», conforme al artículo 80.5.1.<sup>a</sup> de la LIVA. En nuestro derecho no resulta frecuente la exigencia de la acreditación de un hecho negativo como el impago de un crédito. Es precisamente el pago lo que puede acreditarse, por lo que el impago resulta de la falta de acreditación de aquel. Acreditar documentalmente un impago de un crédito adeudado por un ente público mediante el expresado certificado implica el reconocimiento por el ente público de la morosidad, una vez transcurrido el plazo de espera de seis meses o de un año, por lo que, a diferencia de los otros dos medios, el certificado ha de ser de fecha posterior al transcurso del mencionado plazo de espera. Pues bien, si partimos de la necesidad de solicitar este certificado una vez transcurrido el plazo de espera, puede ocurrir que el ente público no llegue a expedir el certificado dentro del plazo de tres meses previsto en el apartado 4 del artículo 80 de la LIVA. La modificación de la base imponible del IVA debería permitirse con la acreditación de haber solicitado el certificado dentro del plazo de los tres meses siguientes al vencimiento del plazo de espera, siempre que el mismo fuera expedido. La misma solución debería entenderse para el caso de que el certificado no llegara a ser expedido, obligándose al sujeto pasivo a reaccionar contra la inactividad del ente público deudor.

En lo que respecta a la obligación de modificar nuevamente el IVA al alza después de practicada la modificación, existirá dicha obligación siempre que el destinatario no actúe en la condición de empresario o profesional y se obtenga total o parcialmente el cobro. Igualmente procederá en el caso de desistimiento de la reclamación judicial iniciada. No obstante, tras la reforma del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, ya citado, la modificación al alza procederá, además, cuando, instado el abono del crédito mediante requerimiento notarial, se llegue con posterioridad a un acuerdo de cobro con el deudor. Si el acuerdo se alcanza, en cambio, en el seno de un procedimiento judicial no procederá la rectificación al alza.

## C) Reglas comunes a ambos supuestos de modificación de la base imponible

### C.1. Exclusiones

La Ley del IVA, en un claro paralelismo con la regulación de la provisión por deterioro de créditos deducible en el IS, excluye de la posibilidad de modificación de la base imponible los siguientes supuestos:

- a) Créditos que disfruten de garantía real, en la parte garantizada.
- b) Créditos afianzados por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca o cubiertos por un contrato de seguro de crédito o de caución, en la parte afianzada o asegurada.
- c) Créditos entre personas o entidades vinculadas definidas en el artículo 79, apartado cinco de esta ley. Debe recordarse aquí que los supuestos de vinculación establecidos por dicho precepto no coinciden con las categorías del artículo 16.3 del TRLIS.
- d) Créditos adeudados o afianzados por entes públicos. Llama la atención el hecho de que este supuesto de exclusión persista después de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril. La nueva redacción exceptúa expresamente de esta exclusión la reducción de la base imponible efectuada, conforme a lo dispuesto en el artículo 80.4, para cuando se trate de créditos total o parcialmente incobrables. La exclusión parece quedar relegada, pues, al hipotético supuesto de que se declare el concurso del ente público deudor, previsión legal que sorprende en extremo y, frente a la cual, cabe plantearse si obedece a un descuido del legislador o a una estremecedora premonición de futuro.
- e) Cuando el destinatario de las operaciones no esté establecido en el territorio de aplicación del impuesto, ni en Canarias, Ceuta o Melilla.

## C.2. Pagos parciales anteriores a la modificación

En el caso de que se hayan producido pagos parciales con anterioridad a la modificación de la base imponible, se entenderá que el IVA está incluido en las cantidades percibidas y en la misma proporción que la parte de contraprestación satisfecha.

## C.3. Nacimiento del derecho de crédito a favor de la Hacienda Pública

El destinatario de la operación correspondiente al crédito moroso respecto del cual se ha producido la modificación de la base imponible resultará deudor de la Hacienda Pública. Si se trata de un destinatario con derecho a deducción del IVA, deberá rectificar las deducciones practicadas, conforme a lo previsto en el artículo 114 de la LIVA. Si se trata de destinatarios sin derecho a deducción, se convertirán en deudores de la Hacienda Pública por el importe del impuesto no deducible.

### 2.2. La recuperación del IVA afectado de morosidad en la normativa portuguesa

El artículo 78 del CIVA participa de la misma filosofía que la norma española. El sujeto pasivo podrá deducir las cuotas repercutidas no cobradas cuando el crédito con el que se correspondan sea incobrable o se halle en unas circunstancias que evidencian la dificultad manifiesta de su cobro.

Así, en primer lugar, los créditos morosos que permiten la deducción de las cuotas repercutidas no cobradas son aquellos que hayan sido declarados incobrables:

- En un proceso de ejecución, tras haber tenido acceso al registro informático de ejecuciones suspendidas por no haberse encontrado bienes embargables previsto, 806, n.º 2, letra c) del Código do Processo Civil portugués.
- En un proceso de insolvencia, cuando la misma sea judicialmente decretada.
- En los términos que resulten del acuerdo obtenido en el proceso extrajudicial de conciliación de conformidad con el Decreto-Lei n.º 316/1998, de 20 de octubre<sup>3</sup>. La inclusión de este último apartado es obra de la reforma operada por la Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril.

Por otro lado, también pueden ser deducidas las cuotas repercutidas correspondientes a los siguientes créditos cuyas circunstancias evidencian su dificultad de cobro. Los supuestos pueden ser clasificados según que el deudor sea un particular o un sujeto pasivo sin derecho a deducción o, por el contrario un sujeto pasivo con derecho a deducir las cuotas soportadas. En todos estos casos será precisa una acreditación documental especial sobre la base de un certificado expedido por un revisor de cuentas (que en España podría corresponderse, con algunas diferencias, con la figura del auditor de cuentas).

En relación con el primer grupo (destinatarios particulares o sujetos pasivos sin derecho a deducción), pueden ser deducidas las cuotas repercutidas y no cobradas correspondientes a los siguientes créditos:

- a) Créditos de importe inferior a 750 euros, IVA incluido. Basta que exista un retraso en el pago superior a seis meses.
- b) Créditos de importe comprendido entre 750 y 8.000 euros en cualquiera de las situaciones que a continuación se refieren:
  - Cuando el deudor conste en el registro informático de ejecuciones con un procedimiento de ejecución finalizado o suspendido por falta de bienes embargables.
  - Cuando medie una fórmula ejecutoria en un proceso de injunção o reconocimiento en una acción de condenação (proced declarativo). El proceso de injunção viene a ser un procedimiento muy parecido al procedimiento monitorio regulado en los artículos 812 y

<sup>3</sup> En materia de recuperación de empresas en dificultades, el Decreto Lei n.º 316/1998, de 20 de octubre (modificado por el Decreto Lei n.º 201/2004, de 18 de agosto), prevé que cualquier empresa en condiciones de solicitar judicialmente su declaración de insolvencia, o cualquier acreedor con legitimación para instar aquella, puede requerir al *Instituto de Apoio às Pequenas y Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI)* un procedimiento de conciliación destinado a obtener la celebración de un acuerdo entre la empresa y todos o algunos de los acreedores que posibilite la recuperación de la empresa en situación de insolvencia, aunque esta no sea actual sino meramente inminente. En este acuerdo pueden intervenir los socios de la empresa y otros interesados distintos. Resulta obligatoria, por lo demás, la participación de los acreedores públicos cuando la regularización de sus deudas contribuya de forma decisiva a la recuperación de la empresa. El escrito de solicitud que inicia el procedimiento de conciliación debe presentarse ante el mencionado organismo debiéndose invocar los fundamentos correspondientes, identificar a las partes que en él deben intervenir e indicar el contenido del acuerdo que se pretende obtener, apoyado por acreedores que representen más del 50 por 100 del pasivo total de la empresa. Además, dentro de los 15 días siguientes a la presentación de la solicitud deberá presentarse un plan de negocios que demuestre la adecuación del acuerdo y la viabilidad de la empresa.

siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. El supuesto contemplado en la norma portuguesa vendría a corresponderse, haciendo un paralelismo con el Derecho español, con el auto por el que se despacha ejecución por falta de oposición en un procedimiento monitorio. El reconocimiento en una acción de condenação viene a corresponderse en Derecho español con el pronunciamiento de la sentencia dictada en un procedimiento declarativo.

Por lo que respecta a créditos ostentados frente a deudores que son sujetos pasivos del impuesto con derecho a deducción, el crédito ha de reunir los siguientes requisitos:

- Haber sido reconocidos en una sentencia declarativa (acção de condenação) o reclamados en un proceso de ejecución.
- Que el deudor haya sido citado de forma edictal.
- Que su importe sea inferior a 6.000 euros, IVA incluido.

Cualquiera que sea la clase de destinatarios, como ya se anticipó, se precisa la intervención de un revisor de cuentas. El certificado expedido por el cual deberá ser el resultado de una comprobación acerca del valor global de los créditos incluidos en este capítulo, del importe global del impuesto a deducir, así como de las diligencias de cobro efectuadas y de su resultado infructuoso.

Como regla general aplicable a la deducción de las cuotas repercutidas no cobradas, y de igual forma que se dispone en la ley española, se establece la obligación de comunicar la anulación del impuesto al adquirente del bien o servicio con derecho a deducción para que rectifique la deducción realizada.

La obligación de rectificar el IVA al alza es general en el caso de que el crédito llegue a ser cobrado, a diferencia de lo restringido de esta obligación en la normativa española. El impuesto habrá de ingresarse en la declaración del mismo periodo impositivo en el que se produzca el cobro, previéndose (igual que la LIVA), en el caso de cobros parciales, que el IVA se hallará comprendido en cada uno de ellos de forma proporcional.

### III. EXPECTATIVAS DE FUTURO. EL CRITERIO DE CAJA

La simpleza y facilidad con la que la aplicación del criterio de devengo determina el nacimiento de obligaciones tributarias a cargo de los sujetos pasivos a pesar de no haber cobrado, contrasta con la enorme dificultad que tienen para que les resulten de aplicación las medidas establecidas en orden a resarcirles de aquel esfuerzo fiscal exigido anticipadamente sin haber logrado el cobro de sus facturas.

Este enorme desequilibrio constituye todo un obstáculo para el desarrollo económico y supone un tremendo daño para la tesorería de las empresas. Pero, además, especialmente en el IVA, ero-

siona los cimientos de justicia tributaria en los que debe asentarse nuestro ordenamiento, corriéndose el riesgo de que la normativa fiscal se separe excesivamente de la realidad económica y de que, por ende, pierda grandes cuotas de eficacia. Las normativas fiscales analizadas parecen hundir sus raíces en una filosofía de sospecha y recelo respecto del contribuyente que hoy por hoy no se sostiene.

Un excesivo grado de distorsión con la realidad económica actual puede propiciar una tendencia al incumplimiento, forzada por la imposibilidad, por lo sacrificado para los sujetos pasivos de soportar el rigor que la norma impone o, incluso, por una aberrante sensación de injusticia.

La solución parece venir con apabulladora sencillez de la aplicación del criterio de caja. En el IS debería poder optarse por su aplicación sin más requisito que advertirlo en la propia declaración del impuesto o, a lo sumo, en una declaración censal. En el IVA, lo radicalmente injusto de la situación impone el establecimiento del criterio de caja en los términos más amplios posibles dentro de lo que permita el marco comunitario.

En este sentido, el artículo 66 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, permite a los Estados miembros el establecimiento del criterio de caja para determinadas categorías de operaciones o de sujetos pasivos, de la misma forma que se disponía en la Sexta Directiva del Consejo de 17 de mayo de 1977 (art. 10.2).

De hecho, el legislador portugués sí ha hecho uso de esta posibilidad, estableciendo el criterio de caja para determinadas operaciones, como es el caso de la construcción de obra civil para las Administraciones públicas, o para cierta categoría de sujetos pasivos, como es el caso de los cooperativistas agrícolas y empresarios de transporte.

La reciente Directiva 2010/45/UE, de 13 de julio de 2010, sobre normas de facturación en el IVA (DOUE de 22 de julio de 2010), la transposición de cuyos contenidos a los ordenamientos nacionales deben quedar ultimados antes de 31 de diciembre de 2012, constituye un importante avance en la implantación del ansiado criterio de cobros y pagos. La Directiva permite a los Estados miembros establecer el criterio de caja para empresas cuyo volumen anual de operaciones no exceda de 500.000 euros. Conforme a este régimen las cuotas repercutidas no resultarían exigibles en tanto no sean cobradas. En justa compensación, las cuotas de IVA soportado no serían deducibles sino desde que se hubiese satisfecho su importe por el destinatario de la operación.

El umbral de 500.000 euros puede ser ampliado por los Estados hasta 2.000.000 de euros previa consulta al Comité IVA.

El legislador español no puede permanecer por más tiempo ajeno a esta situación sin incurrir en graves contradicciones que no pueden ser entendidas por la ciudadanía. Los deseos y motivos que dicen inspirar reacciones legislativas, como, por ejemplo, la reforma de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, resultan preocupantemente sonrojantes si no se materializan en una rotunda eliminación de las distorsiones que, hoy por hoy, produce el tratamiento fiscal de la morosidad.

Si se atiende a lo que el legislador declara en la exposición de motivos de la Ley 15/2010, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales <sup>4</sup>, resulta desconcertante que se persista en mantener el estado actual de las cosas en la vertiente fiscal de la morosidad.

Por otra parte, a la luz de esta reforma legal, resulta, acaso, aún más difícil de explicar que el legislador haya impuesto normativamente una reducción de los plazos en que deben ser cumplidas las obligaciones sin que ello tenga su reflejo en la normativa del IS y, especialmente, del IVA. ¿Cómo puede justificarse que por ley el plazo de pago de las operaciones comerciales sea como máximo de 60 días a contar desde la recepción de las mercancías o de la prestación de los servicios (o de 30, en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público) y que, por el contrario, la LIVA imponga (al margen de los restantes requisitos) una espera de seis meses o un año, según los casos, para recuperar el IVA repercutido ingresado y no cobrado? ¿Cómo explicar a un pequeño empresario estas contradicciones normativas sin provocarle irritación?

El propósito de este trabajo ha sido poner de relieve las distorsiones que provoca el criterio de devengo en esta época de profunda crisis económica y lo enrevesado y artificioso de las soluciones que la normativa fiscal contiene actualmente para neutralizar los rigores a que somete el citado criterio. El peligro de alejamiento entre la realidad económica y la normativa fiscal nunca conduce a buenos puertos. Perdónesenos la obviedad si desde aquí llamamos la atención acerca de que la realidad económica no va a adaptarse a la norma fiscal. Si aquella se encuentra agitada, tendrá que ser la norma tributaria la que se pliegue a las vicisitudes por las que atraviesa si no queremos acabar engañándonos a nosotros mismos.

<sup>4</sup> Se dice en la exposición de motivos de la citada ley: «Los efectos de la crisis económica se han traducido en el aumento de los impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas, que está afectando a todos los sectores. En especial, está afectando a las pequeñas y medianas empresas, que funcionan con gran dependencia al crédito a corto plazo y con unas limitaciones de tesorería que hacen especialmente complicada su actividad en el contexto actual... La reforma tiene por objeto corregir desequilibrios y aprovechar las condiciones de nuestras empresas con el fin de favorecer la competitividad y lograr un crecimiento equilibrado de la economía española, que nos permita crear empleo de forma estable, en línea con una concepción estratégica de la economía sostenible».