

- **El impuesto sobre sociedades en 2016.** *Eduardo Sanz Gadea*
- **SII en la gestión de los libros del IVA (I).** *Antonio Longás Lafuente*
- **La equidad entre naciones en el sistema fiscal internacional.** *Ubaldo González de Frutos*
- **Impacto de las acciones del Plan BEPS en España.** *Eduardo Martínez-Matosas y Luis Cuesta Cuesta*
- **A vueltas con la amortización del fondo de comercio financiero español.** *M.ª del Carmen Cámara Barroso*
- **La regla de inversión del sujeto pasivo y los límites al derecho a deducir el IVA soportado.** *Mercedes Ruiz Garijo*
- **¿Exención en el IRPF de la prestación por maternidad?** *Manuel Lucas Durán*
- **Caso práctico IRPF (2016).** *Gabinete jurídico del CEF*
- **La Ley de transparencia y las entidades sin ánimo de lucro.** *Belén Álvarez Pérez*
- **Oportunidades para regular correctamente el informe de gestión.** *Miguel Ángel Villacorta Hernández*
- **Caso práctico de Gestores de la Administración de la Xunta de Galicia.** *Ulpiano L. Villanueva Rodríguez*

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Marzo 2017 – Número 408

PRESIDENTE EJECUTIVO

Roque de las Heras Miguel (*Presidente del CEF*)

DIRECTOR

Alejandro Blázquez Lidoy (*Catedrático Acreditado de Derecho Financiero y Tributario. Profesor Titular URJC. Abogado y Auditor de Cuentas*)

COORDINADORES

M.^a José Leza Angulo (*Profesora del Área Tributaria del CEF*)

Javier Romano Aparicio (*Profesor del Área Contable del CEF*)

CONSEJO ASESOR

Mario Alonso Ayala (*Presidente de Censores Jurados de Cuentas y Presidente y Cofundador de AUREN*)

Sotero Amador Fernández (*Profesor de Contabilidad del CEF*)

Oriol Amat Salas (*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Pompeu Fabra*)

Álvaro Antón Basanta (*Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*)

Inocencio Carazo González (*Socio Director de Insesa Concursal Abogados*)

Eric Damotte (*Socio de Auditoría. KPMG España*)

Juergen B. Donges (*Catedrático de Ciencias Económicas. Universidad de Colonia*)

Germán de la Fuente Escamilla (*Socio Director de Auditoría de Riesgos y Transacciones de Deloitte*)

María Antonia García Benau (*Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia*)

Begoña Giner Inchausti (*Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia*)

José Antonio Gonzalo Angulo (*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Alcalá*)

Lorenzo de las Heras Miguel (*Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España*)

Pedro Manuel Herrera Molina (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UNED*)

Alejandro Larriba Díaz-Zorita (*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Alcalá*)

Luis Alberto Malvárez Pascual (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva*)

Diego Marín Barnuevo (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid*)

Diego Martín-Abril Calvo (*Director General de Tributos*)

Javier Martín Fernández (*Presidente del Consejo de Defensa del Contribuyente, Catedrático de la UCM y Socio Director de F&J Martín Abogados*)

Miguel Ángel Martínez Lago (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense de Madrid*)

Ana María Martínez Pina (*Presidenta del ICAC*)

Alberto Monreal Lasheras (*Inspector de Hacienda excedente y Socio de PwC Tax & Legal Services*)

Francesco Moschetti (*Profesor de la Universidad de Padua y Despacho Tributarista Studio Legale Tributario*)

Clara I. Muñoz Colomina (*Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid*)

Alfonso Osorio Iturmendi (*Presidente de BDO España*)

Carlos Palao Taboada (*Abogado Montero-Aramburu*)

Alberto Placencia Porrero (*Socio Director de Servicios Financieros Ernst & Young*)

José Andrés Sánchez Pedroche (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario*)

Javier Seijo Pérez (*Inspector de Hacienda excedente y Socio de Ernst & Young*)

Fernando Serrano Antón (*Catedrático Jean Monnet. Universidad Complutense de Madrid*)

Fernando de Vicente Benito (*Inspector de Hacienda excedente y Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*)



P.º Gral. Martínez Campos, 5
Gran de Gràcia, 171
Alboraya, 23
Ponzano, 15

28010 MADRID
08012 BARCELONA
46010 VALENCIA
28010 MADRID

Tel. 914 444 920
Tel. 934 150 988
Tel. 963 614 199
Tel. 914 444 920

REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y SUSCRIPCIONES:

P.º Gral. Martínez Campos, 5 - 28010 MADRID
 Tel. 914 444 920
 Fax 915 938 861
 Correo electrónico: info@cef.es

IMPRIME:

Artes Gráficas Coyve, S.A.
 C/ Destreza, 7
 Polígono Industrial «Los Olivos»
 28906 Getafe (Madrid)

EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.L.

DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

ISSN: 1138-9540

SUSCRIPCIÓN ANUAL (2017)	SOLICITUD DE NÚMEROS SUELTOS (cada volumen)
152,50 €	<ul style="list-style-type: none"> • Suscriptores: 18 € • No suscriptores: 22 €

En la página www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Contabilidad y Tributación* desde el número 100. Aquellos artículos que se correspondan con su periodo de suscripción los podrá obtener de forma gratuita; los anteriores a su fecha de alta en el producto tendrán un coste de 6,05 € por artículo, teniendo los suscriptores un descuento del 50%.

Esta Revista se encuentra indexada en las siguientes bases de datos y organismos:



Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición electrónica: www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm

© CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

SUMARIO


REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

(Comentarios y casos prácticos)

Página

TRIBUTACIÓN

ESTUDIOS

- 22/2017** El impuesto sobre sociedades en 2016
Corporate income tax in 2016 5
(Eduardo Sanz Gadea)
- 23/2017** Suministro inmediato de información en la gestión de los libros del IVA (I)
Immediate delivery of invoices data (SII). Value added tax ledgers (I) 45
(Antonio Longás Lafuente)
- 24/2017** La equidad entre naciones en el sistema fiscal internacional
Inter-nation equity in the international tax system 93
(Ubaldo González de Frutos)
- 25/2017** Impacto de las acciones del Plan BEPS en España
 *BEPS Action Plan impact in Spain* 135
(Eduardo Martínez-Matosas y Luis Cuesta Cuesta)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

- 26/2017** Un nuevo episodio sobre la amortización del fondo de comercio financiero español. TGUE vs. TJUE: ¿Nos encontramos ante una ayuda de Estado? (Análisis de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P) 139
(María del Carmen Cámara Barroso)
- 27/2017** ¿Compatibilidad de la regla de inversión del sujeto pasivo en el sector de los residuos con la denegación del derecho a deducir el IVA soportado? [Análisis de la SAP de Guipúzcoa de 5 de febrero de 2016 (rec. núm. 1035/2014) y del ATS de 2 de junio de 2016 (rec. núm. 437/2016)] 147
(Mercedes Ruiz Garijo)

28/2017 Sobre la pretendida exención en el IRPF de la prestación por maternidad pagada por el INSS y otras entidades integradas en el régimen de la Seguridad Social (Análisis de la STSJ de Madrid de 6 de julio de 2016 [rec. núm. 967/2014] y de la STSJ de Andalucía de 27 de octubre de 2016 [rec. núm. 337/2015])	157
(Manuel Lucas Durán)	

CASO PRÁCTICO

29/2017 Impuesto sobre la renta de las personas físicas. Ejercicio 2016 (caso práctico)	177
(Gabinete jurídico del CEF)	

CONTABILIDAD

ESTUDIOS

30/2017 La Ley de transparencia y las entidades sin ánimo de lucro: las obligaciones de información y su relación con la contabilidad <i>The Law of transparency and non-profit organizations: the reporting obligations and their relationship with the accounting</i>	179
(Belén Álvarez Pérez)	
31/2017 Oportunidades para regular correctamente el informe de gestión <i>Opportunities to properly regulate the management report</i>	205
(Miguel Ángel Villacorta Hernández)	
32/2017 Segundo ejercicio resuelto del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Gestión de la Administración de la Xunta de Galicia, subgrupo A2, escala técnica de finanzas	239
(Ulpiano L. Villanueva Rodríguez)	

Solo disponible en versión digital

Las referencias aparecidas en los artículos de esta Revista (NFJXXXXX y NFCXXXXX) son los códigos que identifican los documentos en la base de datos Normacef Fiscal y Contable (<http://www.ceflegal.com/fiscal-contable.htm>)

ESTUDIOS FINANCIEROS, respetando la libertad intelectual, no altera los criterios emitidos por los autores de los trabajos firmados, sin que tampoco se solidarice necesariamente con ellos.

EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN 2016

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas

EXTRACTO

La Ley del impuesto sobre sociedades (Ley 27/2014, de 27 de noviembre) ha sufrido en 2016, por necesidades recaudatorias, dos cambios instrumentados mediante el Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público, y el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social.

Todas las medidas comparten una característica, a saber, que pivotan sobre las pérdidas, sea impidiendo su cómputo, limitando su compensación, o imponiendo su reversión, las cuales son analizadas minuciosamente por el autor, el cual sugiere, a modo de conclusión, que hubiera sido conveniente, dado un determinado objetivo recaudatorio, moderar su intensidad y acompañarlas de otras, señaladamente la limitación de la reserva de capitalización.

Palabras clave: impuesto sobre sociedades, pagos fraccionados, compensación de bases imponibles negativas, pérdidas por deterioro y no integración en la base imponible de las rentas negativas.

CORPORATE INCOME TAX IN 2016

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

Corporate Income Tax Law (Law 27/2014 of 27 November) has undergone, due to collection needs, two major changes during 2016 by way of Royal Decree 2/2016, of 30 September, which introduces measures aimed at reducing public deficit and Royal Decree 3/2016, of 2 December, which provides tax measures for the consolidation of public finances and other urgent measures in the social field.

All measures share a common feature, i.e. they hinge on net operating losses, by preventing its registration, limiting its carryforward capacity or enforcing its reversal; they are all analyzed by the author in detail, who concludes that it might have been more convenient, considering the existence of a collection target, to moderate its intensity and accompany them with other measures such as the limitation of the capitalization reserve (i.e. tax incentive granted for the equity increase of companies).

Keywords: corporate income tax, advance payments, net operating loss carryforward, impairment losses and capital losses disregarded in the taxable base.

Sumario

1. Inventario de las medidas
2. Modificación del régimen legal de los pagos fraccionados
3. Limitaciones
 - 3.1. A la compensación de bases imponibles negativas
 - 3.1.1. Antecedentes de las limitaciones
 - 3.1.2. Limitaciones en el régimen de tributación individual
 - 3.1.3. Limitaciones en el régimen de tributación consolidada
 - 3.2. A la deducción de retenciones practicadas por jurisdicciones fiscales extranjeras, del impuesto subyacente extranjero relativo a dividendos, y de las correspondientes a dividendos internos
4. Integración por reversión en la base imponible
 - 4.1. De pérdidas anteriores por deterioro de instrumentos de patrimonio
 - 4.2. De pérdidas anteriores imputables a establecimientos permanentes
5. No integración en la base imponible de las rentas negativas
 - 5.1. Derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio
 - 5.1.1. Régimen general de integración en la base imponible de las rentas negativas
 - 5.1.2. Aplicación del régimen general a casos particulares
 - 5.1.2.1. Participación sobre instituciones de inversión colectiva
 - 5.1.2.2. Participación sobre entidades *holding*
 - 5.1.2.3. Participación en régimen de consolidación fiscal
 - 5.1.2.4. Participación en régimen de transparencia fiscal internacional
 - 5.1.2.5. Participación sobre entidades no residentes acogidas al método de imputación
 - 5.1.2.6. Participación que pierde o gana la condición de cualificada
 - 5.1.2.7. Rentas negativas en instrumentos financieros derivados
 - 5.1.2.8. Rentas negativas pendientes en el canje de valores derivado de una operación acogida al régimen especial de reestructuración
 - 5.1.2.9. Rentas negativas mediando un convenio para evitar la doble imposición
 - 5.1.3. Rentas negativas por causa de extinción de la entidad participada
 - 5.1.3.1. Régimen general

- 5.1.3.2. Extinciones por reestructuraciones amparadas en el régimen especial del capítulo VII del título VII
- 5.1.3.3. Extinción por fusión acogida al régimen especial, mediando participación
- 5.1.3.4. Cálculo de la renta negativa en caso de previa distribución de dividendos
- 5.1.4. Régimen de determinación del importe de la renta negativa a integrar en la base imponible
- 5.1.5. Pérdidas por valoración en la cartera de negociación
- 5.1.6. Modificaciones complementarias de carácter técnico
 - 5.1.6.1. Pérdidas por deterioro
 - 5.1.6.2. Continuidad en la restricción de la base imponible negativa susceptible de compensación
 - 5.1.6.3. Rentas positivas cuando el título de adquisición es la aportación por personas físicas
- 5.1.7. Esquema del régimen fiscal de las rentas imputables a instrumentos de patrimonio
- 5.2. Derivadas de la transmisión de un establecimiento permanente
 - 5.2.1. Método de exención
 - 5.2.2. Método de imputación
- 6. Otras formas de atender la necesidad imperiosa de recaudar

NOTA: El autor agradece a Silvia López Ribas sus valiosas observaciones. Los errores son de la exclusiva responsabilidad del autor.

En igualdad de condiciones, la explicación más sencilla, suele ser la correcta.

Guillermo DE OCKHAM

Las necesidades recaudatorias han impulsado dos reformas en la Ley 27/2014, instrumentadas mediante el Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público, y el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social.

Se trata de un conjunto de medidas cuyo efecto práctico será ampliar la magnitud de la base imponible de las entidades afectadas o menguar los créditos del impuesto. Están abiertas a la crítica, por cuanto pivotan, esencialmente, sobre las entidades que han sufrido pérdidas.

La presente colaboración comenta esas medidas y sugiere, a modo de conclusión, que hubiera sido conveniente, dado un determinado objetivo recaudatorio, moderar su intensidad y acompañarlas de otras, señaladamente la limitación de la reserva de capitalización.

1. INVENTARIO DE LAS MEDIDAS

Las medidas contenidas en los dos reales decretos-leyes son las siguientes:

- Modificación del régimen legal de los pagos fraccionados.
- Limitación a la compensación de bases imponibles negativas.
- Limitación a la deducción de retenciones practicadas por jurisdicciones fiscales extranjeras.
- Limitación a la deducción del impuesto subyacente extranjero relativo a dividendos.
- Limitación a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos en régimen transitorio.
- Integración por reversión en la base imponible de pérdidas anteriores por deterioro de instrumentos de patrimonio.
- Integración por reversión en la base imponible de pérdidas anteriores imputables a establecimientos permanentes.

- No integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio.
- No integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de un establecimiento permanente.

Dejando aparte el régimen de los pagos fraccionados, todas las modificaciones normativas pueden ser clasificadas en tres grupos, a saber, limitaciones, integraciones de rentas por reversión y no integración de rentas negativas. Sin duda, la medida estrella, desde una perspectiva sustancial, es la no integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio, ya que implica una rectificación de calado respecto del régimen inicialmente previsto por la Ley 27/2014. Otras, sin embargo, tendrán mayor efecto recaudatorio.

2. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE LOS PAGOS FRACCIONADOS

El Real Decreto-Ley 2/2016 ha añadido una nueva disposición adicional, la decimocuarta, a la Ley 27/2014, al objeto de introducir dos especialidades respecto del artículo 40.3 de la citada Ley 27/2014, las cuales solo afectan a *los contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios en los 12 meses anteriores a la fecha en que se inicie el periodo impositivo, sea al menos 10 millones de euros*.

En virtud de la primera especialidad, *la cantidad a ingresar no podrá ser inferior, en ningún caso, al 23 por ciento del resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio de los 3, 9 u 11 primeros meses de cada año natural*. El porcentaje será del 25% tratándose de contribuyentes que tributen al 30%, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29.6 de la Ley 27/2014, esto es, entidades de crédito y empresas de hidrocarburos.

El resultado contable ha de determinarse de acuerdo con las normas contables contenidas en el Código de Comercio y normativa reglamentaria de desarrollo, básicamente el Plan General de Contabilidad.

No obstante, ese resultado contable debe minorarse en el importe de *las operaciones de quita o espera consecuencia de un acuerdo de acreedores del contribuyente, incluyéndose en dicho resultado aquella parte de su importe que se integre en la base imponible del periodo impositivo* y también en *el importe del resultado positivo consecuencia de operaciones de aumento de capital o fondos propios por compensación de créditos que no se integre en la base imponible por aplicación del apartado 2 del artículo 17 de la Ley 27/2014*.

En virtud de la segunda especialidad, el porcentaje a que se refiere el último párrafo del apartado 3 del artículo 40 de la Ley 27/2014, esto es, cinco séptimos del tipo de gravamen redondeado por defecto, pasa a ser de *diecinueve veinteavos* redondeado por exceso.

3. LIMITACIONES

3.1. A LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

3.1.1. Antecedentes de las limitaciones

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha añadido una nueva disposición adicional, la decimoquinta, a la Ley 27/2014, cuyo objeto es sustituir varios límites previstos en determinados preceptos de la misma, entre ellos el señalado en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 26.

El límite previsto en la redacción original del artículo 26.1 de la Ley 27/2014, para la compensación de bases imponibles negativas, era *del 70 por ciento de la base imponible previa a la aplicación de la reserva de capitalización*.

La disposición transitoria trigésima cuarta g) de la Ley 27/2014, para los periodos impositivos iniciados dentro de 2015, estableció la no *aplicación* del citado límite y, en su lugar, introdujo otro, más riguroso, escalonado en función del volumen de operaciones de las entidades, en el sentido del artículo 121 de la Ley del impuesto sobre el valor añadido.

Por otra parte, la disposición transitoria trigésima sexta de la Ley 27/2014, para los periodos impositivos iniciados en 2016, redujo al 60% el límite previsto en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 26.

Pues bien, el Real Decreto-Ley 3/2016, con efectos en periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2016, ha incorporado un límite exclusivamente aplicable a lo que denomina *grandes empresas*.

Se observará que el nuevo límite tiene carácter permanente, a diferencia del previsto en la disposición trigésima cuarta g).

3.1.2. Limitaciones en el régimen de tributación individual

Por tanto, para 2016 y sucesivos, el límite a la compensación de bases imponibles negativas queda como sigue:

- Entidades calificadas como grandes empresas: 50%, para cifra de negocios entre 20 y 60 millones de euros; 25%, para cifra de negocios de 60 millones y más de euros.
- Entidades no calificadas como grandes empresas: 60% en 2016 y 70% en 2017 y siguientes.

La cifra de negocios es la habida durante los 12 meses anteriores a la fecha de inicio del periodo impositivo, debiendo tomarse en su *importe neto*, esto es, *deduciendo del importe de las ventas de los productos y de las prestaciones de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades*

ordinarias de la empresa, el importe de cualquier descuento (bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas) y el del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con las mismas, que deban ser objeto de repercusión, de acuerdo con lo previsto en la regla 11.ª, de las Normas para la Elaboración de las Cuentas Anuales, del Plan General de Contabilidad.

Se apreciará que la limitación discrimina contra aquellas entidades que requieren un elevado volumen de operaciones para generar valor económico.

El límite no se aplica en los siguientes casos:

- En todo caso y periodo impositivo, podrán compensarse bases imponibles negativas hasta 1 millón de euros, por cuanto ese umbral, previsto en el artículo 26.1 de la Ley 27/2014, además de no constituir un límite, afecta a todas las entidades, cualquiera que sea su cifra de negocios.
- A las empresas de nueva creación, en el sentido del artículo 29.1 de la Ley 27/2014, incluso si son grandes empresas, en los tres primeros periodos impositivos en que se genere una base imponible positiva previa a su compensación, por cuanto el artículo 26.3 de la Ley 27/2014, establece la no aplicación de los límites del apartado 1 de dicho artículo 26.
- Respecto del importe de las rentas correspondientes a reversión por deterioro, en el sentido de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, *siempre que las pérdidas por deterioro deducidas durante el periodo impositivo en que se generaron las bases imponibles negativas que se pretendan compensar hubieran representado, al menos, el 90 por ciento de los gastos deducibles de dicho periodo*, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria decimosexta.8 de la Ley 27/2014.

Esta última excepción a la aplicación del límite a la compensación de bases imponibles negativas salva el caso, ciertamente hiriente, de tener que tributar en ausencia de renta alguna, presente o pasada, pero lo hace tan solo cuando se alcanza el umbral del 90 %.

EJEMPLO 1¹. Limitación concurrente con reversión

- Base imponible negativa (2012): 100.
- Magnitudes (2012): gastos deducibles, 400; deterioro, 250; ingresos, 300.

¹ Todas las cifras de los ejemplos se calculan en millones de euros.

.../...

.../...

- Magnitudes (2015): ingresos, 58.
- Magnitudes (2016): resultado contable, -10; ingresos, 70.
- Base imponible antes compensación (2016): $-10 + 50 (250/5, \text{reversión}) = 40$.
- Porcentaje: 62,5 % (250/400).
- Base imponible después de la compensación (2016): $20 (40 - 40/50 \%)$.

Bien se ve que hubiera sido preferible excluir del límite a la totalidad del ingreso por reversión, pues así se hubiera evitado el fenómeno esotérico de tributación en ausencia de rentas, que, incluso, puede afectar a las pequeñas empresas, si bien el puerto seguro de 1 millón de euros rescatará a muchas de ellas, amén de que las pequeñas empresas, por lo común, no habrán padecido deterioros de instrumentos de patrimonio.

En el caso anterior, si el deterioro hubiere sido de 360 (400/90%) no se hubiera aplicado el límite sobre 50 unidades, y siendo la base imponible antes de la compensación negativa, no habría habido tributación.

3.1.3. Limitaciones en el régimen de tributación consolidada

Los límites introducidos por el Real Decreto-Ley 3/2016 se aplican al grupo fiscal, tomando en consideración la cifra de negocios del mismo.

El grupo fiscal, de acuerdo con lo previsto en la redacción original del artículo 67 e) de la Ley 27/2014, puede compensar las bases imponibles negativas anteriores a la incorporación de las entidades al mismo, *con el límite del 70 por ciento de la base imponible individual de la propia entidad*.

El efecto del Real Decreto-Ley 3/2016 es sustituir el límite del 70% por el límite escalonado.

La cuestión que se plantea es si el límite del grupo fiscal afecta, o no, a la compensación de las bases imponibles negativas anteriores. Caben varias interpretaciones. La más benigna es que el límite del grupo fiscal no afecta a las bases imponibles negativas anteriores a la integración en el grupo fiscal, de manera tal que el límite individual será diferente del límite del grupo fiscal. La más dura es que el límite del grupo fiscal también rige para la compensación de las bases imponibles negativas anteriores individuales.

La primera puede responder a la letra de la norma, pero tiene el inconveniente de hacer de mejor condición a las bases imponibles negativas pendientes de compensación individuales que a las bases imponibles pendientes de compensación del propio grupo fiscal.

EJEMPLO 2. Compensación de bases imponibles negativas anteriores del artículo 67 e) de la Ley 27/2014

Caso 1. Grupo fiscal H (dominante, base imponible individual, 15), A (incorporada, base imponible individual, 12; cifra de negocios año anterior, 18; base imponible negativa pendiente de compensación, 28; eliminaciones, 4), B (dependiente, base imponible individual, -3); cifra de negocios año anterior del grupo fiscal, 100; base imponible negativa pendiente de compensación del grupo fiscal, 9; periodo impositivo 2016.

- Base imponible consolidada previa a la compensación: $15 + 12 - 3 - 4 = 20$.
- Base imponible negativa individual incorporada limitada compensable: $(12 - 4)/60\% = 4,8$.
- Base imponible negativa limitada compensable: $20/25\% = 5$.
- Base imponible del grupo fiscal: $20 - 5 = 15$.

Caso 2. Mismos datos, excepto H (dominante, base imponible individual, 35).

- Base imponible consolidada previa a la compensación: $35 + 12 - 3 - 4 = 40$.
- Base imponible negativa individual incorporada limitada compensable: $(12 - 4)/60\% = 4,8$.
- Base imponible negativa limitada compensable: $40/25\% = 10$.
- Base imponible del grupo fiscal: $40 - 4,8 - 5,2 = 30$.

Caso 3. Mismos datos, excepto H (dominante, base imponible individual, 35), y base imponible negativa de grupo fiscal pendiente de compensación, 3,2.

- Base imponible consolidada previa a la compensación: $35 + 12 - 3 - 4 = 40$.
- Base imponible negativa individual incorporada limitada compensable: $(12 - 4)/60\% = 4,8$.
- Base imponible negativa limitada compensable: $40/25\% = 10$.
- Base imponible del grupo fiscal: $40 - 4,8 - 3,2 = 32$.

3.2. A LA DEDUCCIÓN DE RETENCIONES PRACTICADAS POR JURISDICCIONES FISCALES EXTRANJERAS, DEL IMPUESTO SUBYACENTE EXTRANJERO RELATIVO A DIVIDENDOS, Y DE LAS CORRESPONDIENTES A DIVIDENDOS INTERNOS

En el apartado 2 de la nueva disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2014, se establece un límite conjunto del 50 %, sobre la cuota íntegra, que abarca a las siguientes deducciones:

- La establecida en el artículo 31 de la Ley 27/2014, concerniente a la eliminación de la doble imposición jurídica.
- La establecida en el artículo 32 de la Ley 27/2014, concerniente a la eliminación de la doble imposición económica.
- La establecida en el artículo 100.11 de la Ley 27/2014, concerniente a las deducciones para evitar la doble imposición jurídica y económica sobre las rentas imputadas en régimen de transparencia fiscal internacional.
- La establecida en el apartado 1 de la disposición transitoria vigésima tercera de la Ley 27/2014, para evitar la doble imposición económica interna.
- La establecida en el apartado 2 de la disposición transitoria vigésima tercera de la Ley 27/2014, para evitar la doble imposición económica internacional.
- La establecida en el apartado 4 de la disposición transitoria vigésima tercera de la Ley 27/2014, que contempla los saldos pendientes de aplicación de las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional, nacidas al amparo del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS).

La suma de todas las deducciones que procedan por esos conceptos no podrá rebasar el 50 % de la *cuota íntegra del contribuyente*, esto es, la cantidad resultante de aplicar el tipo de gravamen a la base imponible. Por tanto, el límite no versa sobre la parte de cuota íntegra correspondiente a los ingresos de los que derivan las deducciones que son objeto de limitación, sino sobre la cuota íntegra propiamente dicha.

El límite conjunto se aplica respecto de la suma de las cantidades a deducir por cada concepto, de acuerdo con los preceptos que los regulan. Así, las deducciones previstas en los artículos 31, 32 y 100.11 de la Ley 27/2014 están limitadas por la parte de cuota íntegra derivada de los ingresos correspondientes.

Las normas sobre aplicación de los excesos, sobre cuota íntegra, en periodos impositivos futuros, previstas en los artículos 31.6 y 32.5, no han sido afectadas por el límite conjunto previsto en el apartado 2 de la nueva disposición adicional decimoquinta. Por tanto, esos excesos podrán ser compensados, si bien respetando el límite conjunto.

EJEMPLO 3. Aplicación del límite conjunto

- Dividendos líquidos de fuente extranjera, 68; retención extranjera, 12.
- Impuesto subyacente extranjero correspondiente al dividendo, 20.
- Cánones líquidos extranjeros, 8; retención extranjera, 2.
- Rentas de otras fuentes: 30.
- Base imponible: $68 + 12 + 20 + 8 + 2 + 30 = 140$.
- Cuota íntegra: 35 (140/25 %).
- Límite del artículo 32.4: $25 [(68 + 12 + 20)/25 %]$; exceso no deducible: $7 (20 + 12 - 25)$.
- Límite del artículo 31.1: $2,5 (8 + 2/25 %)$; exceso no deducible: $0 (2 - 2,5)$.
- Límite conjunto: $17,5 (35/50 %)$; exceso trasladable: $7,5 (25 - 17,5)$.

El exceso resultante será compensable en la cuota íntegra de los periodos impositivos posteriores, respetando el límite conjunto. Es importante resaltar este aspecto, pues si el exceso no fuera compensable, podría suscitarse un conflicto en relación con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, así como con las previsiones de la directiva matriz-filial.

4. INTEGRACIÓN POR REVERSIÓN EN LA BASE IMPONIBLE

4.1. DE PÉRDIDAS ANTERIORES POR DETERIORO DE INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha dado nueva redacción a la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, cuyo apartado 3 establece una regla de incorporación a la base imponible de las pérdidas por deterioro de instrumentos de patrimonio, en cuanto hubieren sido fiscalmente deducibles. En su virtud, el importe de las mismas *se integrará, como mínimo, por partes iguales en la base imponible correspondiente a cada uno de los cinco primeros periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2016*.

Las pérdidas por deterioro de instrumentos de patrimonio fueron fiscalmente deducibles hasta la modificación operada por la Ley 16/2013. De acuerdo con la redacción original de la disposición transitoria decimosexta, apartados 2 y 3, de la Ley 27/2014, la reversión de las mismas motivaba el correspondiente aumento en la base imponible.

La reversión concurriría por alguna de las siguientes causas:

- Incremento de los fondos propios de la entidad participada, debidamente depurados con las aportaciones o devoluciones de aportaciones, esto es, por la obtención de beneficios de la entidad participada, respecto de los deterioros amparados por el artículo 12.3 del TRLIS.
- La percepción de dividendos que tengan la consideración de ingreso contable, excepto si el deterioro fue provocado por la distribución de dividendos que no tuvieron derecho a la deducción prevista en el artículo 30 del TRLIS.
- La recuperación de valor en el ámbito contable, esto es, el alza de cotización, respecto de los deterioros no amparados por el artículo 12.3 del TRLIS sino, directamente, por la normativa contable.

Estas causas de reversión continúan vivas tras la nueva redacción de la disposición transitoria decimosexta. A ellas se une la causa de reversión anteriormente enunciada. Las causas se aplican acumulativamente, operando la nueva causa a modo de cantidad mínima, de manera tal que, caso de haberse producido una reversión por las otras causas de importe superior, el saldo pendiente *se integrará por partes iguales entre los restantes periodos impositivos*.

EJEMPLO 4. Partida deducible amparada por el artículo 12.3 del TRLIS

- Importe inicial: 100 (2009).
- Reversión 40 (2012, recuperación de valor).
- Reversión 20 (2015, recuperación de valor).
- Reversión 8 (2016, $100 - (40 + 20)/5$, sin recuperación de valor).
- Reversión 8 (2017, $100 - (40 - 20)/5$, sin recuperación de valor).
- Reversión 14 (2018, recuperación de valor).
- Reversión 5 (2019, $100 - (40 + 20 + 8 + 8 + 14)/2$, sin recuperación de valor).
- Reversión 5 (2020, $100 - (40 + 20 + 8 + 8 + 14)/2$, sin recuperación de valor).

El efecto práctico de la nueva norma concerniente a la reversión es rechazar el deterioro practicado con arreglo a la legislación anterior a la Ley 16/2013. En efecto, ese deterioro se integra en la base imponible aun cuando la entidad participada no haya experimentado una recuperación en sus beneficios.

No tiene buena apariencia una tributación en ausencia de beneficios, pero también es cierto que el bienintencionado artículo 12.3 del TRLIS, en conjunción con la exención de dividendos y plusvalías de fuente extranjera del artículo 21 del TRLIS, determinaba, de una parte, una fiscalidad asimétrica y, de otra, tratándose de participaciones en entidades del grupo, multigrupo y asociadas, olvidadiza del tradicional principio de inscripción contable.

Seguramente, bajo la drástica medida de reversión por quintas partes, late la sospecha de que el artículo 12.3 del TRLIS, endosaba al impuesto sobre sociedades unas pérdidas que no necesariamente pesaban sobre los beneficios contables ni, por ende, sobre los dividendos de los accionistas.

La transmisión de la participación deteriorada determina el cese de la reversión, con el efecto práctico, por tanto, de computar, definitivamente, la renta negativa pretérita. Este efecto se produciría, incluso, cuando la entidad adquirente y transmitente estuvieren vinculadas. Esta maniobra defensiva podría quedar frustrada si el artículo 11.6 de la Ley 27/2014 pudiera interpretarse en el sentido de que también cubre la reversión apodíctica. En efecto, ha habido un deterioro fiscalmente deducible, y hay una reversión, ciertamente peculiar, pero reversión fiscal a fin de cuentas, en sede de una entidad vinculada. Podría aducirse que, toda vez que el deterioro de los instrumentos de patrimonio no es fiscalmente deducible, el artículo 11.6 no cubre situación alguna referida a los mismos. Sin embargo, ese argumento no sería concluyente, toda vez que el deterioro concernido sí fue fiscalmente deducible.

Ciertamente, si la entidad adquirente de la participación no es residente en territorio español, volvería a suscitarse el antiguo problema de la entidad en la que procede la reversión, respecto del que la Ley 27/2014 ha guardado silencio, si bien, con arreglo a la norma concordante del TRLIS, los tribunales de justicia descartaron que el obligado a la reversión fuera el contribuyente que transmitió la participación.

Más allá de las disquisiciones precedentes, no debiera dejarse de lado que una transmisión de la participación que respondiera tan solo al móvil de eludir la norma de reversión podría caer bajo el ámbito de aplicación de una norma antiabuso de carácter general.

En fin, puesto que la reversión apodíctica eleva el valor fiscal de la participación, la pérdida correspondiente, caso de persistir, siempre podría hacerse efectiva, a efectos fiscales, mediante la extinción de la entidad, en los términos previstos en el artículo 21.8 de la Ley 27/2014, según redacción del Real Decreto-Ley 3/2016.

4.2. DE PÉRDIDAS ANTERIORES IMPUTABLES A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

El apartado 5 de la nueva redacción de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014 establece una regla de incorporación a la base imponible de las rentas negativas imputadas a la base imponible de la casa central en periodos impositivos regidos por el TRLIS, anteriores,

lógicamente, a la modificación establecida por la Ley 16/2013, que estableció la no imputación de las pérdidas inherentes a las operaciones realizadas mediante establecimiento permanente.

Las rentas negativas se integrarán en la base imponible de la casa central con ocasión de la *transmisión* del establecimiento permanente, realizada en periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2016, *con el límite de la renta positiva derivada de la transmisión*.

En realidad, la norma del apartado 5 no cumple otra función que complementar a la prevista en el apartado 4, la cual no ha sido modificada por el Real Decreto-Ley 3/2016. En su virtud, la exención del artículo 22, o la deducción del artículo 31, solo se aplicarán respecto de las rentas positivas que excedan de las rentas negativas imputadas a la casa central.

Nótese que, a diferencia de lo que acontece respecto de las pérdidas de los instrumentos de patrimonio, en el caso de los establecimientos permanentes, las pérdidas anteriormente imputadas a la casa central no se integran en la base imponible por quintas partes.

EJEMPLO 5. Pérdidas ordinarias de establecimientos permanentes

- Pérdidas (2012): -100. Se imputa a la casa central.
- Beneficios (2013): 20. No exención.
- Pérdidas (2014): -30. No imputación a la casa central.
- Pérdidas (2015): -40. No imputación a la casa central.
- Beneficios (2016): 50. No exención.
- Renta positiva en transmisión (2017): 18. Exenta.
- Renta negativa neta: 30 (100 - 20 - 50).
- Renta negativa neta a integrar en base imponible: 18.

5. NO INTEGRACIÓN EN LA BASE IMPONIBLE DE LAS RENTAS NEGATIVAS

Las medidas que, seguidamente, se comentan se aplican respecto de los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2017. Habiendo entrado en vigor el Real Decreto-Ley 3/2016 el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, no concurre en ellas retroactividad alguna.

5.1. DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO

El artículo 21 de la Ley 27/2014 estableció la exención de los dividendos y de las plusvalías de cartera correspondientes a participaciones significativas. Sin embargo, dejando de lado ciertas restricciones, admitió el cómputo de las minusvalías inherentes a las transmisiones de esas participaciones. El Real Decreto-Ley 3/2016 rectifica y establece el no cómputo de las referidas minusvalías. A tal efecto, ha dado nueva redacción a un conjunto de apartados del artículo 21.

El cómputo de la minusvalía hace justicia a la entidad que la sufre pero, en unión de la exención, crea un vacío en el conjunto de los contribuyentes del impuesto sobre sociedades, y da vía libre a operaciones de planificación fiscal agresiva. El no cómputo de la minusvalía colma el vacío, y cercena las posibilidades agresivas, pero agravia al contribuyente que la sufre. En el método de exención, alcanzar el equilibrio es muy difícil. Se diría, en relación con las rentas derivadas de la transmisión de la participación, que pone al mundo al revés: los que ganan no pagan y los que pierden no dejan de pagar. Esa impresión se matiza si se considera, de una parte, que la exención de rentas positivas tiene por objeto evitar la doble imposición económica y, respecto de las rentas negativas, que es la contrapartida, en el conjunto de todos los contribuyentes, de la exención de la renta positiva.

5.1.1. Régimen general de integración en la base imponible de las rentas negativas

Tras el Real Decreto-Ley 3/2016, el corazón del régimen de las minusvalías de cartera se halla en la nueva redacción del apartado 6 del artículo 21 de la Ley 27/2014. En su virtud, no se integrarán en la base imponible las rentas negativas derivadas de la transmisión de una participación en la que concurren los requisitos que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 del propio artículo 21, habilitan la exención de la renta positiva derivada de la transmisión de la participación. Así pues, con carácter general, las participaciones cualificadas para la exención lo están también para el no cómputo de la renta negativa. Pero de ahí no se sigue que el no disfrute de la exención implique, necesariamente, el cómputo de las rentas negativas.

En efecto, el no cómputo de la renta negativa se produce, de acuerdo con el artículo 21.6 a), cuando *se cumplan los requisitos del apartado 3 de este artículo* (art. 21 de la Ley 27/2014), con independencia de que, en caso de renta positiva, fuere, o no, aplicable la exención, por más que, por lo común, lo será.

Por tanto, con carácter general, habida cuenta de que el apartado 3 del artículo 21 se remite a los requisitos del apartado 1, no se computarán las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio que otorguen un porcentaje de participación de, al menos, el 5% o cuyo valor de adquisición hubiere excedido de 20 millones de euros, ya hubieren sido emitidos por entidades residentes en territorio español o en el extranjero.

Sin embargo, aun cuando los requisitos que abren paso a la exención de las rentas positivas son los mismos que lo cierran al cómputo de las rentas negativas, ha de repararse en que, en el caso de las rentas negativas, el requisito relativo al porcentaje de participación o al valor de adquisición *se entenderá cumplido cuando el mismo se haya alcanzado en algún momento durante el año anterior al día en que se produzca la transmisión.*

Para disfrutar de la exención de la renta positiva derivada de la transmisión de la participación, el requisito de porcentaje o valor de adquisición ha debido mantenerse con un año y cumplirse *el día en el que se produzca la transmisión*, en tanto que para no computar la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, basta con que tal requisito haya estado presente en el día de la transmisión o en cualquier otro del año precedente.

De esta suerte, el cómputo de la renta negativa derivado de la transmisión de la participación queda relegado a las participaciones no significativas, esto es, a aquellas que otorgan un porcentaje de participación inferior al 5% y cuyo valor de adquisición no excede de 20 millones de euros.

Adicionalmente, tratándose de participaciones no significativas sobre entidades no residentes en territorio español, tampoco se computará la renta negativa derivada de la transmisión, cualquiera que sea el porcentaje de participación o el precio de adquisición, cuando la entidad emisora no tribute *por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga* al impuesto sobre sociedades, *a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.6 b), mediante la técnica de remisión al artículo 21.1 b). Consecuentemente, si media un convenio bilateral para evitar la doble imposición que contenga cláusula de intercambio de información, esta causa adicional de no cómputo de minusvalías de cartera no opera.

Por tanto, aun en el caso de una participación no significativa, si el tipo de gravamen nominal correspondiente a la entidad emisora es inferior al 10%, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación no se integrará en la base imponible, excepto si media un convenio, en los términos expuestos.

EJEMPLO 6. Cómputo de rentas negativas

Participación sobre entidad residente, valor adquisición 21 millones, precio de transmisión 15 millones, adquirida y transmitida en 2017. Renta negativa no computa.

Participación sobre entidad residente, valor de adquisición 21 millones en 2016, precio de transmisión 7 millones en 2017 con minusvalía de 2 millones, resto precio de transmisión 8 millones en 2018, con minusvalía de 4 millones. La primera renta negativa no computa, la segunda sí.

Participación sobre entidad no residente, porcentaje 7%, alcanzado desde el 4% tres meses antes de la transmisión. Renta negativa no computa.

.../...

.../...

Participación sobre entidad no residente, porcentaje 3 %, tipo nominal de gravamen 8 %. Renta negativa no computa.

Participación sobre entidad no residente, valor adquisición 18 millones, tipo nominal de gravamen 8 %, media convenio. Renta negativa computa.

Participación sobre entidad no residente, valor de adquisición 18 millones, tipo nominal 12 %, no media convenio. Renta negativa computa.

Como quiera que la exención de dividendos y plusvalías y el cómputo de las minusvalías están ligados a umbrales de porcentaje de participación o de valor de adquisición, se presenta, en toda su crudeza, un fenómeno que, en cuanto a sus efectos, es paralelo al error de salto, ya reconocido por la Ley General Tributaria de 1963, lo que, tal vez, estimulará operaciones de planificación fiscal defensiva frente al no cómputo de la renta negativa, tendentes a situar la participación extramuros de los umbrales, cuya implementación se verá favorecida por el hecho de que dichos umbrales vayan referidos a cada entidad y no al grupo mercantil al que pertenecen. No obstante, tratándose de grupos fiscales, los umbrales se referirán al grupo fiscal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.1 a) de la Ley 27/2014.

El no cómputo de la renta negativa puede versar solamente respecto de una parte de la minusvalía padecida, en la medida en que los requisitos del apartado 3 del artículo 21 se cumplan parcialmente, cual sería, entre otros posibles, el caso correspondiente al supuesto de hecho del antepenúltimo párrafo del artículo 21.1 b) de la Ley 27/2014.

5.1.2. Aplicación del régimen general a casos particulares

Seguidamente se proyectan las reglas relativas al no cómputo de minusvalías de cartera en relación con un conjunto de supuestos particulares.

5.1.2.1. Participación sobre instituciones de inversión colectiva

La participación en una institución de inversión colectiva, cualquiera que fuere su forma jurídica, es *participación en una entidad*, según los propios términos del artículo 21 de la Ley 27/2014.

El artículo 53.1 de la Ley 27/2014 establece que los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva *integrarán en la base imponible [...] las rentas derivadas de la transmisión de acciones o participaciones o del reembolso de estas, sin que les resulte posible aplicar la exención prevista en el artículo 21 de esta ley...*

El régimen de las instituciones de inversión colectiva no solo desplaza a la exención del artículo 21, sino que, y esto es lo relevante, ordena la integración en la base imponible de las rentas derivadas de la transmisión de la participación o del reembolso, sin hacer distinción entre rentas positivas o negativas. En consecuencia, no habrá obstáculo para la integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión o reembolso de la participación.

Frente a la interpretación precedente, cabe otra consistente en reducir el efecto del artículo 53.1 a diferir el cómputo de las rentas de la inversión colectiva al momento de su realización, mediante transmisión o reembolso, y a excluir la aplicación de la exención, de manera tal que el cómputo de las rentas negativas quedaría extramuros de su mandato, aplicándose respecto de tal supuesto de hecho lo previsto en el artículo 21.6 de la Ley 27/2014.

Se estima preferible la primera interpretación. En tal caso, inopinadamente, el Real Decreto-Ley 3/2016 habría venido a añadir un nuevo privilegio a la tributación de los socios y partícipes, en cuanto personas jurídicas, de las instituciones de inversión colectiva.

5.1.2.2. Participación sobre entidades holding

Cuando los ingresos de la entidad participada procedan, en más del 70%, de dividendos o plusvalías de cartera, la renta positiva derivada de la transmisión de la participación solamente estará exenta a condición de que el requisito de participación del 5% se cumpla también, indirectamente, respecto de las entidades de las que proceden las mencionadas rentas.

En consecuencia, en tal caso de cumplimiento, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad *holding* no se integrará en la base imponible. Por el contrario, cuando el porcentaje de participación indirecto fuere inferior al 5%, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad *holding* sí se computará.

La razón del no cómputo de la renta negativa se halla en el cumplimiento de *los requisitos establecidos en el apartado 3* del artículo 21 de la Ley 27/2014, los cuales, como se ha indicado, son los del apartado 1.

También cabe el cumplimiento parcial del requisito, esto es, que se cumpla solo en relación con alguna o algunas de las entidades participadas por la entidad *holding*, en cuyo caso el no cómputo de la renta negativa será parcial, de acuerdo con lo previsto en el último párrafo del artículo 21.6 de la Ley 27/2014.

5.1.2.3. Participación en régimen de consolidación fiscal

El artículo 62.2 de la Ley 27/2014 establece que la renta negativa derivada de la transmisión a terceros de la participación sobre una entidad del grupo fiscal se minorará en el importe de las bases imponibles negativas, generadas dentro del grupo fiscal, imputables a la misma que hubieren sido compensadas en el contexto de la formación de la base imponible del grupo fiscal.

Toda vez que la renta negativa derivada de la transmisión de la participación no se computa, en los términos del artículo 21.6 de la Ley 27/2014, el precepto referido ha devenido vacío de contenido.

Hubiera sido oportuno derogarlo.

Con todo, no por ello el régimen de consolidación fiscal ha perdido atractivo. En efecto, el mismo posibilita la compensación de las pérdidas sufridas por entidades del grupo fiscal con los beneficios obtenidos por otras entidades del propio grupo fiscal, lo que en un contexto de restricciones a la compensación de pérdidas no es una ventaja menor. Nótese que esa compensación es pareja al deterioro de la participación que, en el régimen individual de tributación, no se admite.

5.1.2.4. Participación en régimen de transparencia fiscal internacional

La renta obtenida en la transmisión de estas participaciones debe ser calculada tomando en consideración el denominado valor de titularidad, esto es, el importe de los beneficios previamente imputados, en los términos previstos en el artículo 100.12 de la Ley 27/2014.

Por otra parte, a la renta positiva derivada de la transmisión de la participación no se le aplica la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014 cuando al menos el 15 % de las rentas obtenidas por la entidad no residente participada estuvieren sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.5 c) de la Ley 27/2014.

La existencia de una regla específica para determinar la renta derivada de la transmisión de la participación sobre la entidad no residente y, sobre todo, la no aplicación de la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014, podría llevar a postular el cómputo de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, cualquiera que fuere el porcentaje de participación o su valor de adquisición.

Se estima que esta interpretación no es correcta. En efecto, como se ha indicado anteriormente, lo que cierra el paso al cómputo de la renta negativa es la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 21, el cual, a su vez, se remite a los requisitos del apartado 1, y estos son los concernientes al porcentaje de participación o valor de adquisición y, tratándose de participaciones extranjeras, el concerniente al tipo nominal de gravamen, con independencia de que, ante una eventual renta positiva, fuera o no aplicable la exención.

Por tanto, la renta negativa derivada de la transmisión de una participación sobre una entidad no residente objeto del régimen de transparencia fiscal internacional, no se integrará en la base imponible, de acuerdo con las reglas generales sobre la materia, aun cuando la regla del artículo 21.5 c) de la Ley 27/2014 cerrara el paso a la exención de una eventual renta positiva.

5.1.2.5. Participación sobre entidades no residentes acogidas al método de imputación

El artículo 21.9 c) de la Ley 27/2014 establece que la exención no se aplica cuando el contribuyente decide acogerse a los artículos 31 y 32 de la Ley 27/2014, esto es, al método de imputación.

Este acogimiento no será obstáculo para la no integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, de acuerdo con las reglas generales.

En efecto, como se ha indicado, lo que cierra el paso al cómputo de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación no es que la participación esté acogida al régimen de exención, sino *que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 21 de la Ley 27/2014*.

Ciertamente, frente a la interpretación que se propone, cabe otra que fundamentaría el no cómputo de la renta negativa en el acogimiento efectivo de la participación al régimen de exención del artículo 21. Esta interpretación es atractiva, por cuanto asocia exención de plusvalía con no cómputo de minusvalía, pero la literalidad de la norma parece rechazarla.

Más adelante, al hilo del comentario de la derogación de los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la Ley 27/2014 se abundará sobre esta cuestión.

5.1.2.6. *Participación que pierde o gana la condición de cualificada*

La participación puede ganar o perder la condición de cualificada, a los efectos de disfrutar de la exención de las rentas positivas derivadas de la transmisión. Así, las operaciones de ampliación de capital o de fusión, entre otras, pueden llevar el porcentaje de participación por debajo del 5%, y las de separación de socio a alcanzarlo o superarlo. Del mismo modo, la transmisión parcial de la participación puede llevar el valor de adquisición de la participación a 20 millones de euros o menos, y la adquisición adicional puede llevar ese valor de adquisición a 20 millones de euros o más. En fin, la suscripción de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición puede provocar el cumplimiento del requisito de tributación mínima y la denuncia el incumplimiento.

Por tanto, es posible que, respecto de una misma participación, se disfrute tanto de la exención de la renta positiva como del cómputo de la renta negativa, y lo inverso, esto es, que se padezca la tributación de la renta positiva y el no cómputo de la renta negativa.

Para evitar estos casos, sin duda adversos a la equidad, hubieran debido establecerse normas relativas a los efectos de las circunstancias de calificación y descalificación de la participación, pero su complejidad tal vez lo haya desaconsejado.

El único atisbo de norma que, en cierto modo, regula el fenómeno descrito, es la prevista en la nueva letra l) del artículo 15, la cual será comentada más adelante.

5.1.2.7. *Rentas negativas en instrumentos financieros derivados*

Esta importante fuente de rentas, positivas y negativas, no ha sido afectada por el Real Decreto-Ley 3/2016, aun cuando el subyacente fuere un instrumento de patrimonio. Sucede así que la renta negativa derivada de la transmisión de los instrumentos de patrimonio que componen una participación calificada no se computará en la base imponible, en tanto que la renta negativa

imputable a la valoración, o a la liquidación de un derivado, provocada por la variación de valor de esos instrumentos de patrimonio, sí computará.

La renta, positiva o negativa, imputable a un derivado trae causa de un pronóstico, acertado o desacertado, respectivamente, sobre la evolución del valor del subyacente. Bien se comprende que, en un mundo sin fronteras a los movimientos de capitales, el derivado constituye un vehículo privilegiado para transferir rentas entre entidades de un mismo grupo multinacional.

Hubiera sido estimulante que el proyecto BEPS les hubiera prestado alguna atención, más allá de la teoría de que siempre se podrá aplicar el principio de libre competencia, en el presente caso sobre la base del valor cero inicial del contrato derivado, pues no parece pertinente que las rentas derivadas de una actividad económica puedan ser neutralizadas por las rentas negativas inherentes a un negocio como el mencionado.

5.1.2.8. *Rentas negativas pendientes en el canje de valores derivado de una operación acogida al régimen especial de reestructuración*

El artículo 81 de la Ley 27/2014 establece dos reglas de valoración, ya previstas en el TRLIS, en relación con la renta derivada de la atribución de valores fruto de una operación de reestructuración. Por la primera, tales rentas no se integran en la base imponible, por la segunda, los valores recibidos se valoran por el valor fiscal de los entregados. La segunda regla es complementaria de la primera.

Si estas reglas se interpretan en el sentido de que el cómputo de la renta habida en la atribución se difiere a un momento posterior, señaladamente al de la transmisión de la participación, se plantea el cómputo de la misma si es de carácter negativo y la atribución se ha producido en 2016 y anteriores. Si, por el contrario, se interpretan en el sentido de que asignan un valor fiscal a los instrumentos de patrimonio recibidos en atribución, no ha lugar al planteamiento de tal cuestión. En efecto, la única renta que existe, a efectos fiscales, es la producida en el momento de la ulterior transmisión, de manera tal que no cabrá escindir tal renta en una renta negativa pretérita, que sería computable, y en una renta positiva actual.

Lo previsto en el artículo 21.4 de la Ley 27/2014, que regula una situación distinta pero con idéntica raíz, sugiere que, en ausencia de una norma específica, no es pertinente efectuar la disección meritada.

EJEMPLO 7. Atribución de valores en operación de reestructuración

- Valor de adquisición: 100 (2009).
- Canje en fusión. Valor de mercado del valor recibido: 80 (2015).

.../...

.../...

- Transmisión. Valor de transmisión: 98 (2017).
- Renta negativa: 2 (98 – 100). No computa. No sería correcto, por tanto, computar la renta negativa en la transmisión por importe de 20 y una renta positiva exenta por importe de 18 (98 – 80).

5.1.2.9. Rentas negativas mediando un convenio para evitar la doble imposición

Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición no interfieren en la potestad de las partes contratantes para regular la tributación de sus respectivos residentes, si bien las normas del convenio prevalecerán sobre las puramente internas. Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición asignan la competencia para gravar las plusvalías de cartera a una de las partes contratantes, pero no se ocupan, por lo general, de las minusvalías de cartera. Esos convenios también establecen el principio de no discriminación.

El régimen de las rentas negativas previsto en el artículo 21.6 de la Ley 27/2014 no regula materias sobre las que versan los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Por lo que se refiere a la discriminación, que tal vez podría atisbarse en relación con los instrumentos de patrimonio extranjeros, debe llamarse la atención de que el requisito de tipo de gravamen mínimo del 10%, cuyo incumplimiento determinaría el no cómputo de las rentas negativas tratándose de dichos instrumentos de patrimonio extranjeros, justamente se entiende cumplido cuando media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

En conclusión, la restricción al cómputo de las rentas negativas, derivadas de la transmisión de la participación, no entra en conflicto con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

5.1.3. Rentas negativas por causa de extinción de la entidad participada

La nueva redacción del artículo 21.8 de la Ley 27/2014 establece que *serán fiscalmente deducibles las rentas negativas generadas en caso de extinción de la entidad participada, salvo que la misma sea consecuencia de una operación de reestructuración.*

Son operaciones de reestructuración, según se desprende del preámbulo de la Ley 27/2014, las descritas en el capítulo VII del título VII. El rasgo común de las operaciones de reestructuración en las que se produce la extinción de una entidad es que la disolución no va seguida de la liquidación. Son, por tanto, básicamente, las operaciones de fusión y escisión total.

Puesto que la norma se refiere a las operaciones de *reestructuración*, sin remitirse a las acogidas al régimen especial, ha de entenderse que tal acogimiento es indiferente.

Podría también postularse que son operaciones de reestructuración, a los efectos previstos en el artículo 21.8, todas las reguladas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, pero parece preferible reconducir su ámbito al contemplado en la propia Ley del impuesto sobre sociedades.

5.1.3.1. Régimen general

Consecuentemente, deben distinguirse dos tipos de extinción, a los efectos del tratamiento de la renta negativa:

- La renta negativa puesta de manifiesto como consecuencia de la extinción de una entidad, cuando la correspondiente disolución va seguida de la liquidación, se integra en la base imponible.
- La renta negativa puesta de manifiesto como consecuencia de la extinción de una entidad, cuando la correspondiente disolución no va seguida de la liquidación, como es el caso de la fusión o la escisión total, no se integra en la base imponible.

La interpretación sistemática del régimen de las rentas negativas indica que el no cómputo de las habidas en un proceso de reestructuración solo se aplicará respecto de las participaciones calificadas, esto es, en relación con aquellas cuya renta negativa no se computa de acuerdo con las previsiones generales del artículo 21.6 de la Ley 27/2014, pero no, desde luego, de aquellas otras cuya renta negativa, también de acuerdo con dichas previsiones, sí se computa. En efecto, no sería pertinente rechazar el cómputo de una renta negativa por el hecho de que la transmisión de la participación se produjera como consecuencia de un negocio jurídico de reestructuración.

No obstante, cuando la reestructuración está acogida al régimen general del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, habrá de estarse a las reglas previstas en el mismo, según se expone en el subapartado siguiente.

La renta negativa citada en primer lugar se determina, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.8 de la Ley 27/2014, como diferencia entre el valor de mercado de los elementos patrimoniales recibidos y el valor fiscal de la participación anulada.

EJEMPLO 8. Extinción mediante disolución con liquidación

- Valor adquisición y porcentaje de participación: Socios A (118, 40 %), B (80, 25 %), C (130, 33 %) y D (9, 2 %).
- Valor teórico del patrimonio a adjudicar: 230.

.../...

.../...

- Valor de mercado del patrimonio a adjudicar: 300.
- Renta: Socios A ($118 - 300/40\% = 2$), B ($80 - 300/25\% = -5$), C ($130 - 300/33\% = -31$), D ($9 - 300/2\% = -3$).
- La renta positiva de A está exenta y la renta negativa de B, C y D, computa.

La renta negativa citada en segundo lugar se determina, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17.9 de la Ley 27/2014, como diferencia entre el valor de mercado de la participación recibida y el valor fiscal de la participación anulada.

EJEMPLO 9. Extinción mediante un proceso de reestructuración (mismos datos del caso anterior)

La renta positiva de A está exenta, la renta negativa de B y C no computa; la renta negativa de D computa.

EJEMPLO 10. Transmisión de la participación a un tercero (mismos datos del caso anterior)

La renta positiva de A está exenta, la renta negativa de B y C no computa; la renta negativa de D computa.

La posibilidad de que la cuota de liquidación sea pagada en especie, si así lo disponen los estatutos, tal vez aliente decisiones de transmisión del patrimonio empresarial bajo formas jurídicas que procuren el cómputo de las rentas negativas, sobre cuya adecuación a la legalidad sería oportuno reflexionar detenidamente. Nótese que la renta negativa a computar a causa de una extinción ha podido ir precedida de unas rentas positivas exentas en sede de anteriores tenedores de la participación. Chocarán, así, la legitimidad de computar una renta negativa efectiva en la entidad que la padece, con la legitimidad de evitar que se compute una renta negativa que, tomando en consideración el conjunto de los tenedores de la participación, no existe. En el método de exención, alcanzar el justo equilibrio es muy difícil.

5.1.3.2. Extinciones por reestructuraciones amparadas en el régimen especial del capítulo VII del título VII

La no inclusión de la renta negativa afecta tanto a las operaciones de reestructuración acogidas al capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, como a las no acogidas si bien, respecto de las primeras, la no integración de la renta negativa también procede en los supuestos contemplados en el artículo 81 de la Ley 27/2014. En tal caso se plantea cuál de las dos normas debe ser aplicada, esto es, el artículo 21.8 de la Ley 27/2014 o el artículo 81 de la misma ley.

Nótese que aun cuando el efecto práctico de los dos sea el mismo en lo que concierne al no cómputo de la renta negativa puesta de manifiesto en el canje de valores inherente a la operación de reestructuración, el artículo 81 prevé que los instrumentos de patrimonio recibidos tomen el valor fiscal de los entregados, en tanto que el artículo 21.8 nada establece sobre el particular, de manera tal que los instrumentos de patrimonio recibidos se valorarán por su valor de mercado, lo que en caso de transmisiones posteriores será indiferente o no, según que proceda, o no, la incorporación en la base imponible de las rentas, positivas o negativas, obtenidas.

Nótese, por otra parte, que, precisamente, en una operación de reestructuración, la participación recibida puede descender del umbral del 5%, en cuyo caso las rentas negativas obtenidas en una ulterior transmisión de la participación se computarán, como también se computarán en caso de la posterior disolución con liquidación de la entidad resultante de la operación de reestructuración, cualquiera que sea el porcentaje de participación.

El principio de preferencia de la regla especial sobre la general indica que habrá de aplicarse el artículo 81 y, por ende, la regla de subrogación en el valor fiscal. Más dudoso es que la subrogación alcance también al porcentaje de participación, por más que esa subrogación sea acorde con la filosofía del régimen especial del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014.

EJEMPLO 11. Canje de valores por fusión. Posterior transmisión de la participación recibida

- Valor de adquisición, valor de mercado en el momento del canje, precio de transmisión, y porcentaje *ex-ante* y *ex-post*): Socios A (22; 17,6; 20; 5,5 %; 2,75 %), B (18; 14,4; 17; 6 %; 3 %), C (280; 224, 260; 88,5 %; 44,25 %).
- Renta positiva o negativa por canje de valores: no se integra en la base imponible.
- Renta en la transmisión posterior: A ($20 - 22 = -2$, no computa), B ($17 - 18 = -1$ computa; no computa si prevalece la subrogación del porcentaje de participación), C ($260 - 280 = -20$, no computa).

5.1.3.3. Extinción por fusión acogida al régimen especial, mediando participación

El artículo 82 de la Ley 27/2014 establece dos reglas que versan sobre la anulación de la participación que la entidad absorbente o adquirente tiene sobre la entidad absorbida o transmitente.

Cuando esa participación es, al menos, del 5%, *no se integrará en la base imponible la renta positiva o negativa derivada de la anulación de la participación*. Puede observarse que esta regla coincide con las generales del artículo 21.6 de la Ley 27/2014, y no contradice la regla del artículo 21.8 de la Ley 27/2014, relativa a la no integración de las rentas negativas en el contexto de un proceso de reestructuración.

Cuando esa participación no es, al menos, del 5%, *se integrará en la base imponible la renta, positiva o negativa derivada de la anulación de la participación*. También esta regla coincide con las generales, excepto si el precio de adquisición fue superior a 20 millones de euros, o bien la entidad absorbida no reside en territorio español, el tipo nominal de gravamen al que tributa no alcanza el 10% y no media un convenio para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información.

Las dos reglas antedichas van acompañadas de sendas reglas secundarias, concernientes a la transmisión de la participación que la entidad absorbida tenga en la absorbente. En su virtud, para participaciones que alcanzan el 5%, las rentas, positivas y negativas, puestas de manifiesto, no se integran en la base imponible, y sí lo hacen para participaciones que no lo alcanzan. También estas reglas concuerdan con las de carácter general, en los términos expuestos.

Para operaciones de fusión acogidas al régimen especial del capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, se aplicarán las reglas del artículo 82, y para las no acogidas, las de carácter general, por más que, como se ha indicado, existe entre ellas una significativa coincidencia.

EJEMPLO 12. Fusión acogida al régimen especial

- Valor adquisición y porcentaje: Caso 1 (120; 100 %); Caso 2 (7; 4 %).
- Valor contable absorbida: 60.
- Valor mercado absorbida: 100 (60, valor contable; 30 marcas; 10 fondo comercio).
- Caso 1 ($120 - 100 = -20$, no computa); Caso 2 ($7 - 100/4 \% = -3$, computa).

5.1.3.4. Cálculo de la renta negativa en caso de previa distribución de dividendos

A efectos de la integración en la base imponible de la renta negativa derivada de la extinción de una entidad, aquella *se minorará en el importe de los beneficios recibidos de la entidad*

participada en los diez años anteriores a la fecha de la extinción, siempre que los referidos dividendos o participaciones en beneficios no hayan minorado el valor de adquisición y hayan tenido derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción para la eliminación de la doble imposición, por el importe de la misma, de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 21.8 de la Ley 27/2014.

Aun cuando la norma se refiere a un régimen de exención o de deducción, convocando así tanto a los previstos en la Ley 27/2014, como a los previstos en legislaciones extranjeras, es lo cierto que el supuesto de hecho solo sintoniza con los primeros y con los del TRLIS.

Esta regla puede impedir la integración en la base imponible de la renta negativa provocada por la distribución de unos beneficios implícitos en el valor de adquisición de la participación, pero también la de una renta negativa con un origen distinto. En el primer supuesto se evita una desimposición, y en el segundo se obtura el cómputo de una renta negativa efectiva.

EJEMPLO 13. Dividendos previos a la extinción

- Valor adquisición participación: 190.
- Valor cuota liquidación: 80.
- Dividendos totales exentos: 70.
- Dividendos exentos cuatro años anteriores (2015-2018): 40.
- Dividendos con derecho a deducción seis años anteriores (2009-2014): 20.
- Renta negativa: $-110 (190 - 80)$.
- Renta negativa corregida: $-50 (110 - 40 - 20)$.

5.1.4. Régimen de determinación del importe de la renta negativa a integrar en la base imponible

El importe de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación se calcula enfrentando el valor de transmisión con el valor fiscal. No obstante, el nuevo apartado 7 del artículo 21 de la Ley 27/2014 establece dos normas especiales. Estas normas especiales se proyectan, lógicamente, respecto de las rentas negativas susceptibles de ser incluidas en la base imponible. No son reglas nuevas, pues ya estaban recogidas en los apartados 6 y 7 de la redacción original del artículo 21.

En su virtud, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, susceptible de inclusión en la base imponible, se minorará en dos conceptos:

- La renta positiva habida en una transmisión de la participación realizada entre entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, a la que se hubiere aplicado un régimen de exención o de deducción para la eliminación de la doble imposición.
- Los dividendos o participaciones en beneficios percibidos en periodos impositivos iniciados en 2009 y siguientes, siempre que los referidos dividendos o participaciones en beneficios no hayan minorado el valor de adquisición y hayan tenido derecho a la exención prevista en el apartado 1 de este artículo.

Puesto que las rentas negativas que computan son, con carácter general, las concernientes a la transmisión de participaciones que no dan derecho a la exención, y las dos reglas precedentes modifican el valor de la renta negativa en función de rentas exentas previas, cabe intuir que tendrán escasa aplicación, pero no nula, desde luego, por cuanto es concebible que una participación que fue calificada para la exención en un momento pretérito no lo sea en el momento en el que se transmite determinando una renta negativa. Además, por lo que se refiere a las plusvalías, la exención ha podido derivar de una norma extranjera.

EJEMPLO 14. Renta negativa precedida de renta positiva intragrupo exenta

- Renta positiva intragrupo exenta de acuerdo con legislación extranjera: 40.
- Renta negativa transmisión participación a terceros: -60 (3 %, 18M).
- Renta negativa computable: -20 (-60 + 40).

Sin embargo, la norma relativa a la minoración de la renta negativa en el caso de valores homogéneos, recogida en la redacción original del artículo 21.7 de la Ley 27/2014, no ha sido rescatada.

EJEMPLO 15. Renta negativa precedida de renta positiva no intragrupo exenta

- Adquisición mercado cotizado: 24 (2016), transmisión parcial (2017): 18, renta positiva exenta 2 (18 - 16), transmisión resto (2019): renta negativa -3 (8 - 5), que computa.

Es importante señalar que las reglas del artículo 21.7 de la Ley 27/2014, antes comentadas, también se aplican respecto de los instrumentos de patrimonio a los que no se ha aplicado el método de exención. Esto es así porque, como se ha indicado, el régimen de las rentas negativas derivadas de la transmisión, aunque está incluido en el artículo 21, no se aplica exclusivamente a los instrumentos de patrimonio acogidos, por las rentas positivas, al método de exención, sino a la totalidad de los instrumentos de patrimonio.

Así se explica que el Real Decreto-Ley 3/2016 haya derogado los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la Ley 27/2014. En efecto, estos preceptos han devenido redundantes, toda vez que ordenan lo mismo que las dos reglas del nuevo apartado 7 del artículo 21.

No obstante, cabe hacer una ligera observación. En efecto, el antiguo apartado 7 del artículo 32 convocaba, al objeto de aminorar las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, tanto a los dividendos exentos como a los que hubieran disfrutado de la deducción por imputación del propio artículo 32, en tanto que la letra b) del artículo 21.7 solo se refiere a los dividendos que han disfrutado de exención.

5.1.5. Pérdidas por valoración en la cartera de negociación

Los instrumentos de patrimonio afectos a la cartera de negociación determinan rentas, positivas o negativas, por aplicación del valor razonable, en los términos previstos por la legislación mercantil. Las rentas positivas no derivan de una transmisión, y las rentas negativas no derivan de una transmisión ni de la regla contable del deterioro.

En consecuencia, por lo que hace a las rentas negativas, antes del Real Decreto-Ley 3/2016, eran plenamente computables. Esta situación ha cambiado radicalmente.

Así, en relación con las rentas negativas derivadas de la valoración por el valor razonable, el Real Decreto-Ley 3/2016 ha incorporado una nueva letra, l), al artículo 15 de la Ley 27/2014, a cuyo tenor las mismas no serán deducibles cuando la participación concernida sea de aquellas cuya transmisión no daría derecho al cómputo de las rentas negativas, excepto si, *con carácter previo, se haya integrado en la base imponible, en su caso, un incremento de valor correspondiente a valores homogéneos del mismo importe.*

Y en relación con las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, será aplicable la regla general de no cómputo de las rentas negativas del artículo 21.6 de la Ley 27/2014, según redacción del Real Decreto-Ley 3/2016.

En fin, por lo que hace a las rentas positivas, tanto las derivadas de la transmisión como de la valoración por el valor razonable, la interpretación sistemática de los preceptos aplicables lleva a postular su exención, bajo el cumplimiento de los requisitos del artículo 21.3 de la Ley 27/2014.

EJEMPLO 16. Cartera valorada por el valor razonable con cambio en pérdidas y ganancias

Caso 1. Valor adquisición en mercado cotizado: 18 (2016).

- Valoración valor razonable: 21 (2016), 17 (2017), 15 (2018, transmisión).
- Base imponible: 3 (21 - 18) (2016); -4 (21 - 17) (2017); -2 (17 - 15) (2018).

Todas las rentas, positivas y negativas, se integran en la base imponible. Coincide el resultado contable con el fiscal.

Caso 2. Valor de adquisición en mercado cotizado: 22 (2016).

- Valoración valor razonable: 23 (2016), 17 (2017), 15 (2018, transmisión).
- Base imponible: 1 (23 - 22), exenta con el transcurso del año; -6 (17 - 23), no cómputo; -2 (15 - 17) no cómputo.

Las rentas negativas no se integran en la base imponible al ser el precio de adquisición superior a 20. El resultado contable es -7, pero el fiscal es 0. No obstante, si se interpretase que la valoración por el valor razonable equivale a un nuevo valor de adquisición, podría computarse la renta negativa posterior.

5.1.6. Modificaciones complementarias de carácter técnico

5.1.6.1. Pérdidas por deterioro

El recorte que al cómputo de las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación ha supuesto la nueva redacción de determinados apartados del artículo 21 de la Ley 27/2014, ha requerido la modificación sintónica de los artículos 11.10, concerniente al diferimiento del cómputo de las rentas negativas derivadas de transmisiones realizadas en el seno de un grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, 13.2, relativo a la eficacia fiscal del deterioro, así como la adición de la letra k) al artículo 15, la nueva redacción del artículo 17.1 y, en fin, la derogación de los apartados 6 y 7 del artículo 32, todos ellos de la Ley 27/2014.

El efecto de las modificaciones normativas enumeradas puede sintetizarse de la siguiente manera:

- Referir la norma de diferimiento de las rentas negativas a aquellas que, de acuerdo con la nueva redacción de ciertos apartados del artículo 21, pueden integrarse en la base imponible (art. 11.10).

- Expulsar, como ya lo hacía la normativa precedente, de la base imponible a los de-
terioros de todos los instrumentos de patrimonio (arts. 13.2 y 15 k).
- Clarificar que no es deducible la imputación a la cuenta de resultados de partidas de
renta negativa previamente contabilizadas con cargo a patrimonio neto (art. 17.1).
- Ubicar todas las normas relativas a la renta negativa procedentes de la transmisión
de instrumentos de patrimonio en el artículo 21.

5.1.6.2. Continuidad en la restricción de la base imponible negativa susceptible de compensación

La restricción a la compensación de bases imponibles negativas del artículo 26.4 de la Ley 27/2014 no ha sido modificada, pese a que uno de sus fundamentos era evitar el doble cómputo de pérdidas, primero en los socios que transmiten su participación, y luego en la propia entidad que ha sufrido las pérdidas.

La restricción al cómputo de la renta negativa prevista en la nueva redacción del artículo 21.6 de la Ley 27/2014 ha privado de ese fundamento técnico al artículo 26.4, mas como todavía resta el fundamento de evitar la neutralización de rentas positivas mediante la ubicación de activos o actividades en sede de entidades inactivas, el Real Decreto-Ley 3/2016 no ha acometido una modificación de ese precepto.

5.1.6.3. Rentas positivas cuando el título de adquisición es la aportación por personas físicas

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha dado nueva redacción al artículo 21.4 de la Ley 27/2014, la cual recoge la regulación precedente y añade una nueva especialidad. En su virtud, la renta positiva derivada de la transmisión de participaciones, adquiridas mediante título de aportación realizada por personas físicas, no estará exenta en el importe total, sino en el exceso del precio de transmisión respecto del valor de mercado en el momento de la aportación, cuando medien las siguientes circunstancias:

- La rentas obtenidas en la aportación no se integraron en la base imponible del im-
puesto sobre la renta de las personas físicas, por aplicación de lo previsto en el ar-
tículo 87 de la Ley 27/2014.
- La transmisión se produce dentro de los dos años posteriores a la aportación.
- Las personas físicas que realizaron la aportación no han transmitido la participación
en la entidad beneficiaria de la aportación dentro del mencionado periodo de tiempo.

La nueva norma colma un vacío existente a tenor de la redacción original.

Si en la transmisión de la participación surgen rentas negativas, las mismas no se computa-
rán, si así procede de acuerdo con las reglas generales del artículo 21.6 de la Ley 27/2014.

5.1.7. Esquema del régimen fiscal de las rentas imputables a instrumentos de patrimonio

El esquema, prescindiendo de matices, debe partir de la división de las carteras de instrumentos de patrimonio en tres grandes categorías.

La primera es la de los instrumentos de patrimonio que cumplan los requisitos del artículo 21.3 en relación con el 21.1, de la Ley 27/2014, simplificada los que representen un porcentaje de participación del 5 % o un valor de adquisición superior a 20 millones de euros, y siendo extranjeros que la entidad emisora tribute a un tipo nominal, al menos, del 10 % o medie convenio bilateral con cláusula de intercambio de información:

- Dividendos, exentos.
- Deterioro, no deducible.
- Renta positiva derivada de la transmisión, exenta.
- Renta negativa derivada de la transmisión de la participación, no computa.
- Renta positiva en el canje de valores por reestructuración, exenta.
- Renta negativa en el canje de valores por reestructuración, no computa.
- Renta, positiva o negativa, en operaciones de reestructuración sujetas al régimen especial, diferimiento.
- Renta positiva en la extinción no reestructuración, exenta.
- Renta negativa en la extinción no reestructuración, computa.

La segunda es la de los instrumentos de patrimonio que no cumplan los requisitos de porcentaje o valor de adquisición:

- Dividendos tributan, sin derecho a la deducción del impuesto subyacente, pero sí de la retención extranjera, con sujeción a límite.
- Deterioro no deducible.
- Renta positiva derivada de la transmisión, tributa.
- Renta negativa derivada de la transmisión de la participación, computa.
- Renta positiva en el canje de valores por reestructuración, tributa.
- Renta negativa en el canje de valores por reestructuración, computa.
- Renta, positiva o negativa, en operaciones de reestructuración sujetas al régimen especial, diferimiento.

- Renta positiva en la extinción, no reestructuración, tributa.
- Renta negativa en la extinción no reestructuración, computa.

La tercera es la de los instrumentos de patrimonio emitidos por entidades residentes en jurisdicciones fiscales sin convenio bilateral para eliminar la doble imposición que tributan a un tipo nominal de gravamen inferior al 10 %. Estos siguen el esquema precedente, excepto por lo que se refiere a las rentas negativas, que solamente computan en caso de extinción no reestructuración.

Basta una breve mirada retrospectiva para constatar que, en materia de deterioro y rentas derivadas de la transmisión, el legislador del impuesto sobre sociedades ha barajado diferentes criterios. Véase un sencillo esquema, prescindiendo de matices, de los principales hitos:

- La Ley 43/1995 gravaba las rentas positivas y computaba las negativas. Admitía la deducción del deterioro, sujeto al límite de la cotización o de la evolución de los fondos propios, a condición de que estuviera registrado contablemente.
- La Ley 10/1996 eximió las rentas positivas, en cuanto estuvieren representadas por el incremento de los fondos propios de la entidad participada.
- El Real Decreto-Ley 3/2000 suprimió, respecto de los instrumentos de patrimonio extranjeros, la vinculación al incremento de los fondos propios.
- La Ley 4/2008 suprimió el requisito del registro contable para admitir el deterioro.
- La Ley 16/2013 declaró no deducible el deterioro.
- La Ley 27/2014 igualó el régimen de los instrumentos de patrimonio nacionales y extranjeros, extendiendo así la exención de las rentas positivas a los instrumentos de patrimonio nacionales.
- El Real-Decreto-Ley 3/2016 ha rechazado el cómputo de las rentas negativas en relación con instrumentos de patrimonio calificados.

Antes que a una desorientación del legislador, tal variedad de criterios está relacionada con las condiciones del entorno económico o político.

En 1995, espoleaban los requerimientos recaudatorios de los criterios de convergencia para el acceso al euro. En 2000, soplaba con fuerza la idea de la internacionalización de la economía española. En 2007, se transitaba por la cresta del ciclo económico. En 2013, todavía no se atisbaba la salida de la crisis. En 2014, pesó la adecuación plena al ordenamiento comunitario. En 2016, una necesidad perentoria de recaudación, así como la asunción de la idea de blindar la imposición sobre los beneficios de las entidades en el contexto del proyecto BEPS de la OCDE.

No hay, ni ha habido, desorientación, sino respuesta de adaptación a escenarios económicos o políticos cambiantes. Es cierto, sin embargo, que el derroche de buena técnica tributaria que se vislumbra en las sucesivas normas, nunca ha conseguido cruzar el dintel de la puerta de los campos de la sencillez.

5.2. DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE UN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

Ha de distinguirse, según que se aplique el método de exención o el de imputación.

5.2.1. Método de exención

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha dado nueva redacción a los apartados 1, 2 y 6 del artículo 22 de la Ley 27/2014, al tiempo que ha derogado el apartado 7 de dicho artículo.

El objeto de la modificación normativa es que no se integren en la base imponible *las rentas negativas derivadas de la transmisión de un establecimiento permanente*. Sin embargo, en sintonía con lo previsto para los instrumentos financieros, sí se integran en la base imponible *las rentas negativas generadas en el cese del establecimiento permanente*, si bien, su cuantía se minorará *en el importe de las rentas positivas netas obtenidas con anterioridad y que hayan tenido derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción para eliminar la doble imposición*.

Por tanto, después de la modificación descrita, la tributación de las rentas obtenidas mediante establecimiento permanente acogidas al método de exención queda, prescindiendo de matices, de la siguiente manera:

- Las rentas positivas, exentas.
- Las rentas negativas, no computan.
- Las rentas positivas derivadas de la transmisión, exentas.
- Las rentas negativas derivadas de la transmisión, no computan.
- Las rentas positivas derivadas del cese, exentas.
- Las rentas negativas derivadas del cese computan, minoradas en el importe de las rentas previas, exentas.

EJEMPLO 17. Rentas del establecimiento permanente

- Rentas: 40 (2016), -20 (2017), 10 (2018), -60 (2019, cese).
- Tributación: 40, exentas; -20, no computan; 10, exentas; -10 (-60 + 40 + 10), computa.

La derogación del antiguo apartado 7 del artículo 22 de la Ley 27/2014, que excluía del método de exención a los establecimientos permanentes situados en países o territorios calificados como paraísos fiscales, no implica que los mismos accedan al método de exención, toda vez que el nuevo apartado 1 de dicho artículo 22 remite al nuevo apartado 1 del artículo 21 de la Ley 27/2014 en orden a concretar el requisito de sujeción al impuesto extranjero, y ese apartado 1 alberga la regla adversa a los paraísos fiscales.

Finalmente, la derogación del artículo 11.11 de la Ley 27/2014 es coherente con el no cómputo generalizado de las rentas negativas habidas en las transmisiones de establecimientos permanentes.

5.2.2. Método de imputación

El Real Decreto-Ley 3/2016 ha dado nueva redacción a los apartados 1 y 4 del artículo 31 de la Ley 27/2014, y derogado el apartado 5 de dicho precepto.

Tras la derogación del apartado 5 y la nueva redacción del apartado 4, han desaparecido todas las menciones relativas a las rentas negativas. ¿Quiere decir que las rentas negativas ordinarias y, por añadidura, las derivadas de la transmisión del establecimiento permanente son deducibles?

La interpretación literal del precepto conduce a una respuesta positiva. Evidentemente esta interpretación no es satisfactoria, en el contexto de una reforma confesadamente recaudatoria.

Una interpretación que podría salvar la deficiencia apuntada consistiría en entender que el artículo 31 se ocupa exclusivamente de la imputación del impuesto extranjero, de manera tal que las rentas negativas se regularían por lo previsto en el artículo 22 de la Ley 27/2014. Sin embargo, esta interpretación choca con lo previsto en el apartado 6 del artículo 22, a cuyo tenor la opción del contribuyente de tributar por el método de imputación del artículo 31 determina la no aplicación del *régimen* del artículo 22, entre cuyos contenidos está, ciertamente, todo lo concerniente a las rentas negativas.

También podría entenderse que el artículo 31, por su propia función, únicamente regula las rentas positivas, pero no las negativas. En efecto, el nuevo apartado 1 se refiere a las *rentas positivas*, cuando el precedente lo hacía a las *rentas*, sin distinción alguna. Bajo esta interpretación cobra pleno sentido que el Real Decreto-Ley 3/2016 haya desalojado del artículo 31 todas las reglas concernientes a las rentas negativas. En tal caso, las rentas negativas estarían reguladas en el artículo 22. No debe ocultarse que esta interpretación vuelve a colisionar con el apartado 6 del citado artículo 22.

Una interpretación histórica pondría el acento en el tratamiento paralelo que las rentas negativas de establecimientos permanentes tenían en sede de las redacciones originales de los artículos 22 y 31 de la Ley 27/2014, de manera tal que el Real Decreto-Ley 3/2016 habría venido a

confirmar ese paralelismo residenciando todo lo concerniente a las rentas negativas en el artículo 22 pero, una vez más, surge el escollo del apartado 6 del artículo 22.

Por otra parte, la derogación del artículo 11.11 de la Ley 27/2014, cuyo mandato era diferir la imputación de la renta negativa en las transmisiones de establecimientos permanentes entre entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, solo tiene sentido si las rentas negativas derivadas de todas las transmisiones no son ya computables, tras las modificaciones introducidas en los artículos 22 y 31 de la Ley 27/2014, por el Real Decreto-Ley 3/2016.

En fin, no cabe descartar la interpretación opuesta, esto es, que el legislador haya querido compensar el peor tratamiento que a las rentas positivas procura el método de imputación, admitiendo el cómputo de las rentas negativas. Esta interpretación casa mal con el contexto y sentido de la reforma acometida por el Real Decreto-Ley 3/2016, amén de que inflinge a la jurisdicción fiscal española un agravio cuando en el país donde se ubica el establecimiento permanente no se admite la compensación de las rentas negativas con las rentas positivas futuras.

Justamente, en este error cayó el legislador de la Ley 43/1995.

Con todo, si las rentas negativas no se computan, las posteriores rentas positivas tampoco debieran computarse, pero no hay norma que ampare esta solución. En tal caso, esas rentas negativas tan solo podrían ser computadas, en su caso, como renta negativa habida en el cese del establecimiento permanente.

6. OTRAS FORMAS DE ATENDER LA NECESIDAD IMPERIOSA DE RECAUDAR

La finalidad estrictamente recaudatoria de las medidas contenidas en los dos reales decretos-leyes comentados está abundantemente explicitada en sus respectivas exposiciones de motivos. Las pequeñas empresas han quedado, en términos generales, al margen de las mismas. Esa es la carta de presentación de la equidad. Su punto débil es que la capacidad económica no está asociada a la cifra de facturación sino a la capacidad de generación de beneficios.

Todas las medidas comparten una característica, a saber, que pivotan sobre las pérdidas, sea impidiendo su cómputo, limitando su compensación, o imponiendo su reversión. Ya se ha comentado su oportunidad en páginas precedentes. Las tres encierran una potencia recaudatoria nada despreciable. En efecto, la denominada Gran Recesión ha traído una cosecha exuberante de resultados contables negativos. Durante los cinco años más duros de la crisis económica se han acumulado, en el conjunto de los contribuyentes por el impuesto sobre sociedades, pérdidas no inferiores a 500.000 millones de euros. Por tanto, la limitación a la compensación de bases imponibles negativas reviste una importancia recaudatoria trascendental. Lo previsible es que gane carta de naturaleza, por más que, desde el punto de vista de la equidad, sea criticable. Sencillamente, la recaudación se hundiría en ausencia de limitaciones.

La reversión apodíctica de los deterioros finalizará en cinco años. Si la recuperación económica gana firmeza, es posible que el impacto adverso a la equidad que supone la reversión sin recuperación de los beneficios sea liviano, en el conjunto de los contribuyentes, siendo cierto, sin embargo, que algunos de ellos pueden sufrir serios quebrantos. Por otra parte, este tipo de reversión está recogido en la propuesta de Directiva relativa a la base imponible común, actualmente en vías de debate en la Unión Europea, respecto de la que el parlamento español ya ha emitido su criterio favorable, en relación con el cumplimiento del principio de subsidiariedad.

La no deducción de las rentas negativas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio o de establecimientos permanentes se justifica en la propia lógica del método de exención, proyectada sobre el conjunto de los contribuyentes, por más que, desde la perspectiva individual, pueda ser adversa a la equidad. Por otra parte, está bastante extendida en los países de nuestro entorno.

Con todo, desde el punto de vista del reparto de la mayor recaudación apetecida entre el mayor número de contribuyentes lo cual, ciertamente, habría fortalecido la equidad, hubiera sido conveniente la compañía de otras medidas, lo que hubiera posibilitado la reducción de la intensidad de las adoptadas. Véanse, entre otras, las siguientes:

- Diferir el cómputo de las rentas negativas de los derivados especulativos a la concurrencia de rentas positivas de otros derivados especulativos o de plusvalías de cartera.
- Limitar la exención de dividendos a participaciones del 5 % o más, excluyendo la exención concerniente a las participaciones de 20 millones y más.
- Limitar la base de cálculo del denominado *patent box* a la propiedad industrial patentada, suprimiendo, por tanto, el cómputo del denominado *know-how*.
- Derogar la reserva de capitalización del artículo 25. Alternativamente, suspender su aplicación en los periodos impositivos de 2016, 2017 y 2018. Alternativamente endurecer el límite sobre aumento de fondos propios y base imponible, situándolo en el 5 %.
- Suprimir el régimen fiscal especial del arrendamiento financiero.

La medida de mayor impacto recaudatorio es la supresión o la suspensión de la reserva de capitalización. Véase que, en 2014, la cuota íntegra del impuesto sobre sociedades superó los 40.000 millones de euros y que la reserva de capitalización puede, *grosso modo*, representar, en términos recaudatorios, un 10 % de la cuota íntegra. Si los contribuyentes del impuesto sobre sociedades decidieran acogerse masivamente a la reserva de capitalización, el coste recaudatorio frisaría los 4.000 millones de euros.

Cercenar la merma recaudatoria que discurre por la vía de la reserva de capitalización supondría convocar a soportar la mayor recaudación requerida por el impuesto sobre sociedades a entidades que han obtenido beneficios, en claro y aventajado contraste con la medida de rever-

sión apodíctica de deterioros, o con la de limitar la compensación de bases imponibles negativas o, considerando la situación de cada entidad en particular, con la medida de no cómputo de la renta negativa derivada de la transmisión de una participación significativa o de un establecimiento permanente.

Aun siendo entendibles las medidas adoptadas por el Real Decreto-Ley 3/2016, en el contexto de la situación de las cuentas públicas y de los compromisos políticos con la Unión Europea, una menor intensidad de las mismas, acompañada de una morigeración en la reserva de capitalización, hubiera dibujado una situación más idónea, en relación con el legítimo objetivo recaudatorio.

No es difícil intuir que la gran exigencia que, respecto del pago fraccionado, ha supuesto el Real Decreto-Ley 2/2016 provocará nuevas necesidades recaudatorias en 2017. En tal caso, suprimir, suspender o limitar la reserva de capitalización sería una opción ventajosa.

El fundamento económico de este tipo de medidas está, ciertamente, sujeto a debate. Una medida muy similar, conocida como previsión para inversiones, estuvo vigente en el impuesto sobre sociedades desde 1957 a 1978. Fue suprimida por la Ley 61/1978, por cuanto, según el Libro Verde de 1973, y posteriormente el Libro Blanco de 1977, era más eficaz fomentar la inversión mediante deducciones en la cuota asociadas a la adquisición de bienes de inversión.

Se recordará, por otra parte, que la previsión para inversiones fue causa de bastantes conflictos. La complejidad de la reserva de capitalización, en particular en relación con los grupos fiscales, no trae augurios halagüeños.

Por otra parte, este tipo de medidas va contra la corriente, bastante extendida, de ampliar bases imponibles y rebajar los tipos de gravamen.

En fin, tampoco el argumento de la neutralidad es muy convincente, pues la discriminación contra la financiación propia que provoca el impuesto sobre sociedades solo de manera muy tosca se aligera a través de instrumentos tales como la reserva de capitalización o asimilados. La manera adecuada es la integración de los impuestos sobre la renta, si bien es cierto que la globalización ha puesto palos en la rueda de la misma.

La contemplación de la serie histórica de la recaudación por el impuesto sobre sociedades muestra un crecimiento constante desde 1995 a 2007, año en el que, según las estadísticas de la Agencia Tributaria, se alcanzó la cifra mítica de 44.823 millones de euros, y un decrecimiento brusco a partir de ese año, hasta llegar a un mínimo de 16.611 millones de euros en 2011, al que ha seguido un crecimiento débil con una recaudación en 2015 de 20.649 millones.

Según estadísticas de Eurostat, en la cresta del ciclo económico, años 2006 a 2008, los países más importantes de la Unión Europea recaudaron por el impuesto sobre sociedades más del 3 % del producto interior bruto, y España llegó al 4 %, en tanto que en los años más duros de la crisis el porcentaje osciló entre el 1,8 % de España y el 2,9 % del Reino Unido. Las estadísticas del periodo 2012-2014 muestran una recuperación ligera. La vinculación del impuesto sobre

sociedades al ciclo económico no permite intuir un incremento de recaudación sustancial en el corto y medio plazo.

Por otra parte, a raíz de la prevista salida del Reino Unido de la Unión Europea, las autoridades fiscales británicas parecen decididas a rebajar sustancialmente el tipo de gravamen, y una melodía similar llega de Washington. Es previsible que se reabra la carrera de descenso de los tipos de gravamen. Ahora bien, el tipo de gravamen es el principal motor de atracción de la inversión directa extranjera.

En este contexto, el mantenimiento de la recaudación por el impuesto sobre sociedades requiere la ampliación de la base imponible y la disminución del tipo de gravamen. He aquí una razón poderosa para suprimir, o morigerar, las medidas reductoras de la base imponible.

SUMINISTRO INMEDIATO DE INFORMACIÓN EN LA GESTIÓN DE LOS LIBROS DEL IVA (I)

Antonio Longás Lafuente

Inspector de Hacienda

EXTRACTO

El día 6 de diciembre de 2016 se publicó en el BOE el Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre, para la modernización, mejora e impulso del uso de medios electrónicos en la gestión del IVA, modificando el Reglamento del IVA, el Reglamento de facturación y el Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria.

Con base en la transformación que ha experimentado la forma de llevar los libros registro en el IVA y la implantación gradual del uso de la factura electrónica, el legislador opta por establecer un sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT que acerque el momento del registro o contabilización de las facturas al de la realización efectiva de la operación económica que subyace a las mismas, con la finalidad de controlar y prevenir el fraude fiscal; si bien para establecer un equilibrio entre la obtención de la información y los costes indirectos que el suministro de la misma supone para los obligados tributarios, se elimina la obligación de presentar los modelos de declaración informativa 340, 347 y 390.

En el presente artículo, dividido en dos partes, se examina el nuevo sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT, diseccionando su análisis tanto en el ámbito subjetivo de aplicación como en el resto de las obligaciones formales que se imponen a los sujetos pasivos que lleven los libros a través de este sistema, todo ello acompañado de numerosos ejemplos y un cuadro-resumen global del nuevo sistema.

En esta primera parte el autor analiza la obligación general de llevar libros registro, la finalidad de la reforma, el ámbito de aplicación subjetivo y del funcionamiento del sistema de suministro inmediato de información (SII), trata sobre los libros registro que resultan afectados y sobre el libro registro de facturas expedidas, dejando para la segunda parte los libros registro de facturas recibidas, de bienes de inversión y el de determinadas operaciones intracomunitarias y las singularidades para determinados regímenes especiales. También en la segunda parte el autor aborda el tema de la liquidación del impuesto, de los efectos del retraso en la aportación de la información en los procedimientos de comprobación tributaria o la infracción tributaria por incumplimiento de la obligación.

Palabras clave: suministro inmediato de información, SII, gestión de los libros de IVA, Sede electrónica de la AEAT, infracciones y sanciones.

IMMEDIATE DELIVERY OF INVOICES DATA (SII). VALUE ADDED TAX LEDGERS (I)

Antonio Longás Lafuente

ABSTRACT

On 6 December 2016, Royal Decree 596/2016, passed by the Council of Ministries on 2 December 2016 for the modernization of VAT management by electronic means, was released, thus modifying VAT Regulations, Invoicing Regulations as well as Tax Audit Regulations.

Due to the transformation undergone on how VAT ledgers are kept and the gradual implementation of the electronic invoice, the legislature has opted for a system which allows the taxpayer to keep these VAT ledgers by electronic means in order to bring the time when invoices are registered closer to the moment when the underlying effective transactions occur, with the purpose of monitoring and preventing tax fraud; likewise, in order to establish a balance between obtaining the information and the indirect costs to be incurred by taxpayers, the obligation of submitting recapitulative tax returns, such as Forms 347, 340 and 390, is repealed.

The present paper, divided into two parts, examines the new system to keep VAT ledgers by electronic means, analyzing it from its subjective scope of application together with the remaining formal obligations for taxpayers which keep their ledgers through this system, together with a wide array of examples and a summary table thereof.

In this first part, the author analyses the general obligation of keeping VAT ledgers, the purpose of the reform, the subjective scope of application together with the functionality of the immediate delivery of invoices data system (SII); it also deals with affected ledgers and issued invoices ledger, leaving for the second part the received invoices ledger, capital assets ledger, certain intra-community transactions ledger and some peculiarities of special regimens. The second part also tackles other issues such as the tax assessment, the effects of delays when reporting the information in certain tax audit processes and penalties for infringement.

Keywords: immediate delivery of invoices data, SII, Value Added Tax Ledgers, bookkeeping and penalties.

Sumario

1. Obligación general de llevar libros registro. Finalidad de la reforma
2. Ámbito de aplicación subjetivo
 - 2.1. Empresarios o profesionales que deberán aplicarlo de forma obligatoria
 - 2.1.1. Sujetos pasivos por volumen de operaciones
 - 2.1.2. Sujetos pasivos acogidos al REDEME
 - 2.1.3. Entidades acogidas al régimen especial del grupo de entidades
 - 2.1.4. Sujetos pasivos no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto
 - 2.2. Empresarios o profesionales que pueden optar por aplicar este sistema
 - 2.2.1. Opción por la aplicación del sistema
 - 2.2.2. Regímenes especiales
 - 2.2.3. Respecto del resto de empresarios o profesionales
 - 2.2.4. Ejercicio de la opción por la aplicación del sistema de llevanza electrónica de los libros
 - 2.2.5. Sujetos pasivos que realizan actividades exentas de IVA o no sujetas a IVA
 - 2.2.6. Primer año de ejercicio de la actividad
 - 2.3. Empresarios o profesionales con domicilio fiscal en una Hacienda foral, o que operen en territorio común y foral
3. Funcionamiento del sistema de SII
 - 3.1. Idea general del funcionamiento del sistema
 - 3.2. Libros registro que resultan afectados
 - 3.3. Libro registro de facturas expedidas
 - 3.3.1. Plazo de remisión electrónica de la información
 - 3.3.2. Información que debe contener el libro registro de facturas expedidas y que debe suministrarse a la AEAT
 - 3.3.3. Asientos resúmenes
 - 3.3.4. Facturas expedidas al amparo de una autorización de simplificación en materia de facturación
 - 3.3.5. Autorizaciones para sustituir los libros registro por sistema de registro diferentes
 - 3.3.6. Operaciones singulares a anotar en el libro registro de facturas expedidas
 - 3.3.7. Otras consideraciones acerca del libro registro de facturas expedidas

1. OBLIGACIÓN GENERAL DE LLEVAR LIBROS REGISTRO. FINALIDAD DE LA REFORMA

Por Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación de la Ley General Tributaria (LGT), se dio nueva redacción al artículo 29 de esta última norma, donde se regulan con carácter general las obligaciones tributarias formales de los contribuyentes, para especificar, en su apartado 3, en relación con los libros registro, la posibilidad de que a través de norma reglamentaria se regule la obligación de llevanza de los mismos mediante medios telemáticos.

Se modificó además el artículo 200 de la LGT para tipificar como infracción tributaria la conducta consistente en incurrir en retraso en la obligación de la llevanza de los libros registro y suministro a través de la Sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT).

Ambos preceptos, de acuerdo con la disposición final duodécima de la Ley 34/2015, entraban en vigor el 1 de enero de 2017, consciente el legislador de que se precisaba de un desarrollo reglamentario y de la adaptación necesaria por parte de los empresarios o profesionales para establecer este nuevo sistema de llevanza de los libros registro.

El retraso del legislador en desarrollar la norma legal ha sido considerable y se ha llevado a cabo a través del Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre, para la modernización, mejora e impulso del uso de medios electrónicos en la gestión del impuesto sobre el valor añadido (IVA), estableciéndose en esta norma que el suministro electrónico de los registros de información entrará en vigor el 1 de julio de 2017.

En el artículo 164 de la Ley del IVA (LIVA) –desarrollo de lo dispuesto en los arts. 243 y 273 de la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA– se enumeran las obligaciones materiales y formales de los sujetos pasivos, entre las que figura la de «llevar la contabilidad y los registros que se establezcan en la forma definida reglamentariamente, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Comercio y demás normas contables» (apartado Uno, núm. 4.º). Dado que la norma fiscal no puede incidir en el ámbito mercantil, deja a salvo el legislador la obligación de todo empresario o profesional de adaptar su actuación a la normativa mercantil y contable.

Esta obligación, al igual que el resto de las que figuran en el precepto, es también aplicable a quienes, sin ser sujetos pasivos del IVA, tengan sin embargo la condición de empresarios o profesionales a los efectos del mismo, con los requisitos, límites y condiciones que se determi-

nan reglamentariamente. Así, resulta aplicable a fundaciones, Administraciones públicas y demás personas jurídicas que reúnan esta condición de empresarios o profesionales a efectos del IVA.

El desarrollo reglamentario de la anterior obligación se recoge en los artículos 62 a 70 del Reglamento del IVA (RIVA), donde se regulan las obligaciones contables de los sujetos pasivos del impuesto.

El legislador nacional con la reforma aprobada establece un sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT por medio del suministro de los registros de facturación, que permitirá ir formando los libros en la Sede electrónica de la AEAT con cada uno de los envíos del detalle de las operaciones realizadas por el sujeto pasivo.

Aun cuando no hay una relación directa, en tanto el referido suministro de información no incide en el plazo de presentación de las autoliquidaciones periódicas, se amplía este plazo para los empresarios y profesionales que apliquen este sistema de llevanza de los libros registro.

Esta modificación en la forma de llevar estos libros registro tiene como base dos causas, si bien no puede desdeñarse la fuerza atractiva y prioritaria de la segunda: la adecuación a las nuevas tecnologías, y la del control y prevención del fraude fiscal.

No cabe duda de que, respecto de la primera de ellas, los avances en materia informática han sido importantes y tanto el legislador de la Unión Europea (UE) como el nacional, en reformas anteriores, tienden no solo a recoger este hecho sino a reorientar la actuación de los empresarios o profesionales para encauzarla y utilizar de manera general y sistemática estos nuevos medios electrónicos, cualquiera que sea el destinatario de sus operaciones. Basta para ello considerar la última regulación en materia de facturación llevada a cabo por el Reglamento de facturación (REFA) con la importancia que se ha dado a la factura electrónica.

El legislador pretende en segundo lugar prevenir y controlar el fraude fiscal, y reconoce expresamente que «es necesario disponer de información suficiente y de calidad, así como obtenerla de la forma más inmediata posible», y ello, entre otras razones y como fundamental, porque, como señala para justificar la introducción de medios electrónicos, se quiere transformar la llevanza de los libros en «un sistema más moderno que acerque el momento del registro o contabilización de las facturas al de la realización efectiva de la operación económica que subyace a las mismas», lo que es una de las causas de fraude en el IVA, por más que se quiera disfrazarla como medida de modernización. No en vano se establece la obligación de suministrar información no solo de la facturación emitida sino también de la recibida, lo que permitirá a la Administración tributaria tener un control inmediato de la veracidad de las autoliquidaciones presentadas por el proveedor de los bienes y servicios, esencialmente cuando las relaciones son entre empresarios o profesionales, donde existen importantes bolsas de fraude. No cabe duda de que la obligación de dar información inmediata a la AEAT, pues no otra actuación se pretende con la medida anterior, tiene como finalidad evitar abusos de la norma, de manera que el IVA devengado se declare realmente en aquel periodo en que se ha producido el hecho imponible, de manera que el empresario o profesional que realiza la operación no puede trasladar la cuota devengada a periodos posteriores.

Como el legislador es conecedor de ello, y a fin de compensar o, como señala la exposición de motivos, de equilibrar las obligaciones impuestas al empresario o profesional, se reducen «sustancialmente las cargas administrativas asociadas al suministro periódico de información», quedando exonerados los sujetos pasivos que deban aplicar este sistema de llevanza de libros, de la obligación de presentar la declaración sobre las operaciones con terceras personas (modelo 347), así como de la presentación de la Declaración informativa a que se refiere el artículo 36 (modelo 340) del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGIT) de 27 de julio de 2007, por lo que se refiere al contenido de los libros registro del IVA y, en su caso, de la declaración resumen anual del IVA (modelo 390). Se reducen, de esta manera, cargas indirectas.

Ni que decir tiene que, si toda la información de las operaciones realizadas por el empresario o profesional, incluso aquellas que no deben declararse en el modelo 347, va a ser objeto de suministro a través de este sistema de llevanza de los libros, no tiene ningún sentido que se impusiera obligación alguna de presentar los modelos declarativos a los que se ha hecho referencia, por lo que tal equilibrio de obligaciones no es sino constatación del principio de proporcionalidad, dado que no puede exigirse la reiteración en el suministro de información por parte de los contribuyentes.

Indudablemente, los sujetos pasivos que tengan la obligación de aplicar este sistema de información y que no se hubieran acogido hasta ahora al sistema de devolución mensual, implicará *de facto* la adopción del mismo, pues el suministro de información que deben efectuar es análogo a los datos a anotar en el modelo 340; por lo que no tiene sentido mantenerse fuera del sistema de devolución mensual.

El sistema, denominado por los órganos tributarios como «suministro inmediato de información del IVA» (SII), resulta obligatorio para un colectivo de unos 62.000 contribuyentes (grandes empresas, grupos societarios y sujetos inscritos en el régimen de devolución mensual del IVA [REDEME]) que representan, sin embargo, el 80 % de la facturación total de los sujetos pasivos de IVA en España, según datos suministrados por la AEAT.

No obstante, la posibilidad de optar por aplicar el sistema que tienen el resto de empresarios o profesionales incide en una clara vocación de generalizar el sistema por el legislador.

Finalmente, debe advertirse que no se configura como una nueva obligación, sino como un nuevo sistema de llevar a efecto el cumplimiento de una obligación ya existente, la llevanza de los libros registro de IVA, aunque indudablemente implica cambios importantes que afectan a la gestión del impuesto por parte de los empresarios o profesionales, suponiendo trámites y gestiones adicionales. Debe advertirse en este sentido que no se remite la factura, sino la información que contiene.

Supone, en definitiva, remitir la información de manera continuada, consiguiéndose que la AEAT tenga información actualizada de la actividad del sujeto pasivo.

El Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre, que ahora se comenta tiene por objeto fundamental incorporar las modificaciones reglamentarias necesarias para regular el nuevo sistema de llevanza de libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT, modificando para ello tanto el RIVA, como el REFA de 2012 y el RGIT de 2007.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

Respecto del perímetro subjetivo de aplicación del SII se distinguen dos grupos de empresarios o profesionales a los que afecta (art. 62 del RIVA), uno para los que resulta obligatorio y otro para los que resultará opcional.

2.1. EMPRESARIOS O PROFESIONALES QUE DEBERÁN APLICARLO DE FORMA OBLIGATORIA

Los sujetos pasivos que deberán aplicar este sistema de manera obligatoria son los empresarios o profesionales y otros sujetos pasivos del IVA, que tengan un periodo de liquidación que coincida con el mes natural.

De esta forma, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.3 del RIVA, deberán aplicar lo los sujetos pasivos que a continuación se indican.

2.1.1. Sujetos pasivos por volumen de operaciones

Dentro de este grupo de empresarios o profesionales deberemos distinguir dos subgrupos, ambos relacionados con el volumen de operaciones de su actividad:

- a) Aquellos empresarios o profesionales cuyo volumen de operaciones, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 121 de la LIVA hubiese excedido durante el año natural inmediato anterior de 6.010.121,04 euros.

Queda claro que como la obligación de acogerse a este sistema de llevanza de los libros se efectúa en función del volumen de operaciones, la obligación de aplicarlo o no dependerá de esta condición, por lo que el sujeto pasivo podrá entrar y salir del sistema anualmente, en función de los datos del volumen de operaciones que realice en el año inmediato anterior.

La importancia en la determinación del volumen de operaciones a 31 de diciembre resultará crucial pues para determinados empresarios, debiendo tener mucho cuidado para calcular dicho importe de forma adecuada en los primeros días de cada año, sin esperar a la fecha de presentación de la autoliquidación correspondiente

al último periodo del ejercicio anterior. Como la remisión de la información debe efectuarse en los cuatro días naturales a contar desde la expedición de la factura, el empresario o profesional que tenga dudas acerca del volumen de operaciones del ejercicio inmediato anterior deberá calcularlo en los primeros días del año natural, respecto de la facturación a emitir en esas fechas, pues en caso de que sea inferior a la cifra indicada en el artículo 121 de la LIVA no debería suministrar la información, salvo que se acoja al sistema de SII voluntariamente.

EJEMPLO 1

Un sujeto pasivo realiza operaciones sujetas y no exentas, teniendo los siguientes volúmenes de operaciones en los años que se indican, sin haber optado por la aplicación voluntaria del sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT, ni estar inscrito en el REDEME:

- Año 20X1 (primer año de ejercicio de la actividad, que comenzó el 1 de enero): 5.500.000 euros.
- Año 20X2: 6.050.000 euros.
- Año 20X3: 5.900.000 euros.
- Año 20X4: 6.100.000 euros.

Este sujeto pasivo en el ejercicio 20X1 no aplicará obligatoriamente el sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica, ni tampoco en el año 20X2. Sí resultará obligatorio aplicarlo en el año 20X3 en el que presentará autoliquidaciones mensuales. En el ejercicio 20X4 dejará de aplicar el sistema (salvo que opte por él) y volverá a aplicarlo obligatoriamente en el ejercicio 20X5.

- b) Aquellos que hubiesen efectuado la adquisición de la totalidad o parte de un patrimonio empresarial o profesional (conforme a lo dispuesto en el art. 7.1 de la LIVA) a que se refiere el artículo 121.1 de la LIVA, cuando la suma de su volumen de operaciones del año natural inmediato anterior y la del volumen de operaciones que hubiese efectuado en el mismo periodo el transmitente de dicho patrimonio mediante la utilización del patrimonio transmitido hubiese excedido de 6.010.121,04 euros. Dada la coordinación necesaria que busca el legislador se plantea a partir de qué momento resulta obligatorio aplicar este sistema de llevanza de los libros. Entendiendo que a partir del momento en que se produce la adquisición el sujeto pasivo pasa a tener un volumen de operaciones superior al importe citado, resul-

tará que la obligación de llevanza electrónica de los libros solo será obligatoria a partir del momento en que tenga lugar la referida transmisión, con efectos a partir del día siguiente al de finalización del periodo de liquidación en el curso del cual haya tenido lugar.

Por lo demás, resultará de aplicación cuanto se ha expuesto respecto de los empresarios o profesionales aludidos en la letra a) anterior.

2.1.2. Sujetos pasivos acogidos al REDEME

Un segundo grupo de sujetos pasivos obligados a suministrar información son aquellos autorizados a solicitar la devolución del saldo existente a su favor al término de cada periodo de liquidación, conforme al artículo 30 del RIVA. De esta manera resultará obligatoria la aplicación de este sistema para quienes estén inscritos en el REDEME. Así, todo sujeto pasivo que esté dado de alta en este registro estará obligado a partir del 1 de julio de 2017 a aplicar el sistema SII.

Debe recordarse que la opción por inscribirse en el REDEME se efectúa en el mes de noviembre del año natural anterior a aquel en que se pretende hacer efectiva la inscripción.

En este caso el sujeto pasivo no tiene obligación de permanecer en este registro más que en el ejercicio siguiente, pudiendo darse de baja sin necesidad de estar más de un año en el REDEME. Si la inscripción se realiza durante el plazo de presentación de las declaraciones-liquidaciones periódicas o bien se trata de empresarios o profesionales que no han iniciado la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios, deberán permanecer en el REDEME al menos durante el año en que solicitan la inscripción y el inmediato siguiente.

EJEMPLO 2

- a) Un sujeto pasivo, cuyo volumen de operaciones anuales es inferior a 6.010.121,04 euros, optó por inscribirse en el REDEME en el mes de noviembre de 20X1 con efectos a partir de 1 de enero de 20X2. En este caso tiene obligación de presentar autoliquidaciones mensuales en el 20X2 y de llevar los libros registro de IVA a través de la Sede electrónica de la AEAT. En noviembre de 20X2 puede renunciar al REDEME, quedando excluido del mismo a partir de 1 de enero de 20X3, momento en que tampoco estará obligado a llevar los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT.
- b) Un sujeto pasivo optó por inscribirse en el REDEME durante el mes de abril de 20X1. En este caso, tiene obligación de permanecer como mínimo en este registro durante 20X1 y 20X2, por lo que también durante este periodo deberá llevar los libros regis-

.../...

.../...

tro de IVA a través de la Sede electrónica de la AEAT. En noviembre de 20X2 podrá renunciar al sistema de devolución mensual con efectos de 1 de enero de 20X3, momento en que tampoco estará obligado a llevar los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT.

Dado que la entrada en vigor del sistema de SII se produce el 1 de julio de 2017 se ha previsto por el legislador (disp. trans. primera del RD 596/2016) un plazo extraordinario para ejercitar la renuncia al REDEME durante el mes de junio de 2017. Por tanto, cualquier empresario o profesional que se encuentre incluido en el REDEME y no desee aplicar el sistema de SII deberá renunciar a la devolución del saldo existente a su favor al término de cada periodo de liquidación en el mes de junio de 2017.

Cuestión distinta en relación con este año 2017 es la posibilidad de renunciar al sistema de SII al final del ejercicio para los sujetos pasivos incluidos en el REDEME. Debemos distinguir diversas situaciones, conjugando los artículos 30.7 y 68 bis del RIVA:

- a) Respecto de los sujetos pasivos que estén dados de alta en el REDEME a fecha 1 de enero de 2017, en tanto en el artículo 68 bis se establece que quienes opten por este sistema de llevanza de los libros registro deberán cumplir con el SII durante al menos el año natural para el que se ejercita la opción, debe entenderse que el año natural se refiere al ejercicio 2017, y podrán renunciar al mismo al final de este año en los plazos que se expresarán posteriormente. Esta conclusión se reafirma por cuanto la disposición adicional única del Real Decreto 596/2016 exige a los empresarios a los que resulte de aplicación el SII de remitir la información correspondiente al primer semestre de 2017 durante el plazo comprendido entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2017, por lo que la Administración tributaria tendrá en su poder toda la información sobre facturación del sujeto pasivo del periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2017 (un año natural completo).
- b) Situación distinta será la de aquellos sujetos pasivos que se hayan dado de alta en el REDEME a partir del 1 de enero de 2017, durante el plazo de presentación de las declaraciones-liquidaciones periódicas o de empresarios o profesionales que no hayan iniciado la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales. En este caso, como se ha advertido anteriormente, deben permanecer en el REDEME durante el año en que se solicita la inscripción y el inmediato siguiente. Por tanto, en principio, deberían permanecer obligados al SII durante 2017 y 2018. Sin embargo, a la espera de una interpretación de la Administración tributaria, ello no resulta lógico, por cuanto a estos empresarios o profesionales, que se han dado de alta en el REDEME antes

del 30 de junio de 2017, también estarán obligados a suministrar la información correspondiente al primer semestre, por lo que habrán dado cumplimiento de la obligación de SII respecto de todo un año natural, por lo que sería prudente permitir en este caso que pudieran renunciar al sistema de SII también a finales de 2017 con efectos para 2018, aun cuando exista una contradicción entre los dos preceptos reglamentarios señalados.

- c) Cuestión distinta será respecto de aquellos que se inscriban en el REDEME a partir del 1 de julio, en cuyo caso no tienen obligación de suministrar información relativa al primer semestre y resulta lógico que exista una correspondencia entre acogerse al sistema de devolución mensual (REDEME) y el sistema de SII, de manera que solo podrán renunciar al mismo a final de 2018 con efectos a partir de 1 de enero de 2019.

2.1.3. Entidades acogidas al régimen especial del grupo de entidades

El tercer grupo de sujetos pasivos que deben aplicar el sistema de llevanza de libros a través de la Sede electrónica de la AEAT son los sujetos pasivos que apliquen el régimen especial del grupo de entidades, regulado en el capítulo IX del título IX de la LIVA.

Cualquiera que sea el nivel al que se haya acogido el grupo (nivel básico o nivel avanzado), todas las entidades del grupo, que tienen obligación de presentar autoliquidaciones mensuales, deberán aplicar este sistema de llevanza de los libros registro y suministrar la información a través del SII.

No debe olvidarse que en caso de acogerse al nivel avanzado, tanto la facturación referida a operaciones intragrupo como las extragrupo serán objeto del SII a través de la Sede electrónica de la AEAT.

2.1.4. Sujetos pasivos no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto

Aun cuando en el precepto reglamentario no se hace alusión de ello, debe recordarse que los empresarios o profesionales o sujetos pasivos no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto que tengan obligación de presentar declaraciones-liquidaciones mensuales estarán obligados a llevar los libros registro de IVA a través de la Sede electrónica de la AEAT.

Ahora bien, queda por determinar si esta obligación se refiere al conjunto de las operaciones de los empresarios y profesionales no establecidos o solo respecto de aquellas que se localizan en el territorio de aplicación del impuesto. Esto es, la cuestión radica en concretar en qué medida el legislador nacional puede imponer una obligación que afecta al conjunto de toda la actividad económica del sujeto pasivo no establecido, chocando en este sentido la finalidad antifraudatoria del sistema de SII que conllevaría a un deber general de suministro, y el de la potestad tributaria territorial que determina que esta obligación se limite a las operaciones localizadas en el territorio de aplicación del impuesto, debiendo ser esta última la conclusión esperada; sin perjuicio de

los procedimientos de colaboración que puedan darse entre los Estados miembros de la UE para el supuesto de empresas establecidas en el territorio de otro Estado miembro.

En tanto son sujetos pasivos por operaciones realizadas en el territorio de aplicación del impuesto y dada la naturaleza indirecta del IVA, debe restringirse la obligación a las operaciones señaladas.

Por otro lado, respecto de estos empresarios o profesionales no establecidos debe recordarse que, en el caso de realizar operaciones para destinatarios establecidos en el territorio de aplicación del impuesto que tengan también la condición de empresarios o profesionales, serán sujetos pasivos por inversión los destinatarios, por lo que estos suministrarán la información de la operación. Si hacen constar que son operaciones en las que se aplica la regla de inversión del sujeto pasivo y, por tanto, declaran el IVA devengado de las operaciones, no resultaría lógico exigir a los empresarios o profesionales no establecidos suministrar esta información, máxime cuando la facturación emitida por esos sujetos pasivos no establecidos no se ajustará generalmente a los dictados del REFA (con las excepciones previstas en el art. 2.3, sustancialmente cuando la factura haya sido emitida por el destinatario previa autorización del proveedor del bien o del prestador del servicio no establecido).

La situación en que deban suministrar obligatoriamente información se referirá esencialmente a aquellas operaciones que, localizadas en el territorio de aplicación del impuesto, tengan como destinatarios a personas o entidades no empresarias o profesionales, o bien teniendo esta condición, tampoco estén establecidas en el territorio de aplicación del impuesto. Se trata por ello de operaciones que deben ser liquidadas por el proveedor del bien o el prestador del servicio no establecido dando cumplimiento a las previsiones del REFA.

2.2. EMPRESARIOS O PROFESIONALES QUE PUEDEN OPTAR POR APLICAR ESTE SISTEMA

2.2.1. Opción por la aplicación del sistema

Junto al anterior grupo de empresarios o profesionales que deben aplicar el sistema de SII de forma obligatoria, se prevé la posibilidad de que el resto de empresarios o profesionales puedan acogerse libremente a este sistema de llevanza de los libros registro, mediante el ejercicio de la opción por su aplicación.

Se establece así que aquellos empresarios o profesionales y otros sujetos pasivos del IVA que no estén obligados a aplicar este sistema podrán optar por llevar los libros registro, a través de la Sede electrónica de la AEAT, reconociéndose en el artículo 68 bis del RIVA la forma y efectos del ejercicio de esta opción.

Dado que no se limita esta posibilidad a ningún empresario o profesional, el legislador reconoce determinadas especialidades que se dan en algunos regímenes especiales del IVA, al citar

en el anterior precepto determinados artículos del RIVA (con olvido de los restantes regímenes especiales). Ello nos lleva a distinguir las siguientes situaciones.

2.2.2. Regímenes especiales

2.2.2.1. En relación con el régimen especial simplificado, deberemos diferenciar:

- a) La regla general determina que los sujetos pasivos que se acojan a este sistema llevarán a través del mismo el libro registro de facturas recibidas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1 del RIVA. Debe recordarse que, respecto del IVA devengado, solo tienen obligación de conservar los justificantes de los índices o módulos aplicados de conformidad con lo que se prevea en la orden ministerial que los apruebe (apartado 2 del mismo artículo).

De otra parte, si realizan actividades que no estén acogidas al régimen especial simplificado, en el libro registro de facturas recibidas deben anotarse con la debida separación las facturas relativas a las adquisiciones correspondientes a cada sector diferenciado de la actividad (la actividad acogida al régimen simplificado constituye un sector diferenciado por ley).

Una razonable estimación permite considerar que no se acogerán habitualmente a este sistema aquellos sujetos pasivos que realicen exclusivamente actividades acogidas a este régimen especial (dada la naturaleza y contenido del régimen) o también en otros regímenes especiales como son los de la agricultura y el del recargo de equivalencia. No obstante, en caso de acogerse al sistema de SII solo deberá suministrarse información del libro registro de facturas recibidas.

Debemos preguntarnos si acogerse a esta opción implica cambios en el resto de las obligaciones formales y materiales de los sujetos pasivos que aplican el régimen especial simplificado. Indudablemente estos sujetos pasivos no deberán presentar el modelo informativo 347 ni cumplimentar el modelo 390 o el apartado correspondiente de la página 3 del modelo de autoliquidación 303 correspondiente al último periodo del año en la forma actualmente establecida (sí deberán hacerlo en la forma que se prevea).

El problema surge con el periodo en el que tienen que presentar las autoliquidaciones por IVA. El artículo 62.6 del RIVA permite a estos sujetos pasivos acogerse al sistema de SII. Ahora bien, en el artículo 71.4 del RIVA se alude a que las declaraciones-liquidaciones correspondientes a las personas y entidades aludidas en el anterior precepto (quienes tengan obligación de aplicar el sistema de SII o quienes opcionalmente se acojan a él) se presentarán durante los 30 días naturales del mes siguiente al correspondiente periodo de liquidación mensual, o hasta el último día del mes de febrero en el caso de la declaración-liquidación del mes de enero. La falta de previsión respecto de los sujetos pasivos acogidos al régimen especial simplificado plantea la duda del periodo de autoliquidación del impuesto para estos

empresarios, teniendo en cuenta además que el artículo 71.4 es contrario a lo dispuesto en el artículo 41, ambos del RIVA, al fijarse que el periodo será trimestral.

Sería aconsejable, por tanto, una aclaración sobre este extremo por parte de la Administración tributaria. De continuar siendo trimestral, que parece razonable a fin de que la gestión del impuesto para estos empresarios no implique más tarea administrativa, la ventaja principal en caso de acogerse a este sistema de SII estaría en la no presentación de datos informativos a través de las correspondientes declaraciones.

- b) Otra situación distinta será aquella en la que un sujeto pasivo que realiza una actividad encuadrada en el régimen especial comienza a realizar otra actividad que se encuentra acogida al régimen general durante el ejercicio en curso. El sujeto pasivo quedará excluido del régimen especial a partir del 1 de enero del año natural siguiente, pero no en el año en que se inicia la segunda actividad. En este caso la norma no prevé regla alguna. El plazo de liquidación de un mes establecido por el legislador lleva a concluir que, en estos casos, si el sujeto pasivo opta por aplicar este sistema de llevanza de libros, es más que razonable considerar que deberá aplicarlo también respecto de la actividad acogida al régimen especial simplificado, dado que no resulta razonable que el mismo sujeto pasivo presente dos autoliquidaciones: una mensual por las actividades no acogidas al régimen especial y otra trimestral por la que aplica el régimen especial, dado que la declaración-liquidación es única por el conjunto de actividades que realiza un sujeto pasivo.

Nuevamente, la falta de previsión inicial del legislador debe llevar a aclarar estas situaciones y, en su caso, a corregir las correspondientes órdenes ministeriales, no solo las relativas a los modelos informativos y de declaración-liquidación, sino también, y más importante, la orden reguladora de los módulos para el régimen especial simplificado.

2.2.2.2. En cuanto a los sujetos pasivos acogidos al régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca, la llevanza electrónica de los libros registro comprenderá aquellos que se citan en el artículo 47.2 del RIVA. A estos efectos, debe recordarse:

- a) El artículo 62.6 se refiere exclusivamente al apartado 2 del artículo 47, dejando por tanto excluido del sistema de SII el libro registro que deben llevar los sujetos pasivos acogidos al régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca en el que anotan las operaciones comprendidas en dicho régimen. Así pues, respecto de las anotaciones de este libro, aun cuando se acojan al sistema de SII, no debe suministrarse información.

En tanto que los sujetos que realicen exclusivamente actividades acogidas a este régimen especial solo deben llevar el anterior libro, y sobre el mismo no debe suministrarse información, estos empresarios no pueden acogerse al sistema de SII, lo que parece lógico desde el momento que se pretende simplificar la gestión del impuesto para los sujetos pasivos que aplican el régimen especial.

- b) Situación distinta es la de los sujetos pasivos que realicen otras actividades por las que apliquen los regímenes simplificado o del recargo de equivalencia. En este caso deben llevar el libro registro de facturas recibidas, anotando con la debida separación las facturas que correspondan a adquisiciones correspondientes a cada sector diferenciado de actividad, incluso las referentes al régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca.

Estos empresarios sí pueden acogerse al sistema de SII y será el libro anterior el que se llevará de acuerdo con este sistema electrónico de llevanza de libros.

Como se ha expuesto para el régimen simplificado, la naturaleza y contenido de estos regímenes llevará a que generalmente los sujetos pasivos no se acojan al sistema, trasladando aquí la problemática que se ha planteado respecto del régimen especial simplificado.

Debe destacarse que, frente a la situación planteada en el subepígrafe 2.2.2.1. anterior, ahora sí los empresarios que se encuentren en las circunstancias que se examinan en este subepígrafe 2.2.2.2. deben dar información de las facturas recibidas afectas a la actividad agrícola, ganadera o pesquera que realicen.

- c) Los sujetos pasivos acogidos al régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca que realicen actividades a las que sea aplicable cualquier otro régimen distinto de los anteriores (así el régimen general, etc.) deberán cumplir respecto de ellas las obligaciones formales establecidas con carácter general o específico del RIVA. En todo caso, en el libro registro de facturas recibidas deberán anotarse con la debida separación las facturas relativas a adquisiciones correspondientes a actividades a las que sea aplicable el régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca. Dada la similitud con lo expuesto para el régimen simplificado y en la letra b) anterior, se reitera lo expuesto en esos apartados en relación con la problemática que se plantea, de manera que el conjunto de libros quedará sujeto al sistema de llevanza electrónica.

2.2.2.3. En relación con los sujetos acogidos al régimen especial del recargo de equivalencia, los libros a los que afectará el sistema de llevanza electrónica son los reflejados en el artículo 61.2 del RIVA.

La regla general, recogida en el apartado primero del anterior precepto, supone que los sujetos pasivos acogidos a este régimen especial no están obligados a llevar registros contables (libros registro) en relación con el IVA.

Por ello, al igual que se ha expuesto para los sujetos pasivos acogidos al régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca, si el sujeto pasivo exclusivamente realiza actividades acogidas al régimen especial del recargo de equivalencia no puede acogerse al sistema de SII, siendo la razón análoga a la de los agricultores: la simplificación en la gestión del impuesto.

Lo anterior no significa que la Administración tributaria no tenga información de estos empresarios, pues en la medida en que realicen operaciones para sujetos pasivos que apliquen el sistema de SII la AEAT poseerá información, dado que los destinatarios suministrarán los datos correspondientes a las operaciones realizadas por los sujetos pasivos acogidos al régimen especial.

El artículo 61.2 del RIVA tiene un contenido análogo al que se acaba de exponer para el régimen de la agricultura, ganadería y pesca (art. 47.2), por lo que reiteramos lo expuesto en este.

2.2.2.4. En relación con el resto de regímenes especiales no aludidos, las singularidades que puedan destacarse se examinarán a lo largo de este estudio.

2.2.3. Respeto del resto de empresarios o profesionales

Los libros a los que afectará este sistema de llevanza electrónica serán los generales, recogidos en el artículo 62.1 del RIVA.

Al igual que se ha indicado respecto de los empresarios o profesionales no establecidos en el apartado referido a la obligación de acogerse al sistema de SII, en tanto tienen la condición de sujetos pasivos por operaciones realizadas en el territorio de aplicación del impuesto pueden acogerse opcionalmente a llevar los libros registro del IVA a través de la Sede electrónica de la AEAT, optando de forma voluntaria.

Debemos reiterar en este punto lo expuesto en el apartado referido a estos sujetos no establecidos obligados a llevar los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT.

En general, por tanto, nos encontraremos ante empresarios o profesionales no establecidos que realizan operaciones para destinatarios que no reúnan esta condición.

EJEMPLO 3

Podrá acogerse a llevar los libros registro de IVA a través de la Sede electrónica de la AEAT un empresario establecido en otro Estado miembro que realice ventas a distancia cuyos destinatarios se encuentren establecidos en el territorio de aplicación del impuesto, cuando estas ventas se localicen en este territorio, o bien se haya acogido a tributar en España por todas las ventas a distancias para destinatarios residentes en el territorio de aplicación del impuesto.

2.2.4. Ejercicio de la opción por la aplicación del sistema de llevanza electrónica de los libros

En el artículo 68 bis del RIVA se regula tanto el ejercicio de la opción por aplicar el sistema, sus efectos y renuncia, así como las consecuencias por quedar excluidos del REDEME o bien por cese del régimen especial del grupo de entidades.

2.2.4.1. Ejercicio de la opción

La opción por aplicar el sistema de llevanza electrónica de los libros por aquellos sujetos pasivos que no estén obligados a ello se deberá ejercer durante el mes de noviembre anterior al inicio del año natural en el que deba surtir efecto.

No obstante, al iniciarse la aplicación del sistema el 1 de julio de 2017 se establece en la disposición transitoria primera un plazo especial para ejercitar la opción por primera vez, de forma que se realizará durante el mes de junio de 2017.

La opción se ejercitará mediante la presentación de la correspondiente declaración censal (modelo 036).

No obstante, quienes hubieran iniciado la realización de actividades empresariales o profesionales en el año natural en curso, podrán optar por este sistema de llevanza de los libros registro al tiempo de presentar la declaración de comienzo de la actividad, surtiendo efecto dicha opción en el año natural en curso.

2.2.4.2. Prórroga y renuncia a la opción

La opción se entenderá prorrogada para los años siguientes en tanto no se produzca la renuncia a la misma.

Se establece un plazo mínimo de ejercicio de la opción. De esta forma, quienes opten por este sistema de llevanza de los libros registro deberán cumplir con el suministro de los registros de facturación durante al menos el año natural para el que se ejercita la opción. Ello permitirá renunciar a este sistema sin tener que esperar un periodo indeseado o excesivo, pues el periodo mínimo obligatorio de permanencia es el de un año.

La renuncia a la opción deberá ejercitarse mediante comunicación al órgano competente de la AEAT. Esta comunicación se efectuará mediante la presentación de la correspondiente declaración censal (modelo 036) en el mes de noviembre anterior al inicio del año natural en el que deba surtir efecto.

EJEMPLO 4

Un sujeto pasivo, persona física, realiza operaciones sujetas y no exentas. El volumen de operaciones del ejercicio 20X1 es de 4 millones de euros, el del ejercicio 20X2 de 5 millones de euros y el del ejercicio 20X3 supera los 7 millones de euros. No se encuentra inscrito en el REDEME.

Si desea acogerse al sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT en 20X2, deberá ejercitar la opción en el mes de noviembre de 20X1, presentando en el ejercicio 20X2 las autoliquidaciones mensualmente. En el caso de que no desee continuar en el 20X3, deberá presentar la renuncia en el mes de noviembre de 20X2, presentando las autoliquidaciones trimestralmente.

En el ejercicio 20X4 es obligatoria su inclusión en este sistema, dado que su volumen de operaciones supera los 6.010.121,04 euros, por lo que deberá presentar las autoliquidaciones mensualmente durante este año, sin necesidad de presentar declaración censal accgiéndose al sistema de SII.

2.2.4.3. *Sujetos pasivos excluidos del sistema de devolución mensual*

Se aclara en la norma reglamentaria que los sujetos pasivos inscritos en el REDEME que queden excluidos del mismo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.6 del RIVA quedarán asimismo excluidos de la obligación de llevar los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT. Existe, por tanto, una correspondencia directa entre la exclusión del REDEME y la del sistema de SII.

Esta exclusión tendrá efectos desde el primer día del periodo de liquidación en el que se haya notificado el respectivo acuerdo de exclusión por parte de la Administración tributaria y supondrá la obligación de presentar los modelos informativos 347 y 390.

No obstante, en el caso de que el sujeto pasivo excluido del REDEME tenga la obligación de presentar autoliquidaciones mensuales, por tener la consideración de gran empresa, seguirá teniendo la obligación de aplicar el sistema de SII, dado que sigue concurriendo en él una causa de inclusión en el perímetro subjetivo de aplicación del sistema.

2.2.4.4. *Cese en el régimen del grupo de entidades*

El cese en la aplicación del régimen especial del grupo de entidades, conforme a lo que establece el artículo 163 septies de la LIVA determinará, con efectos desde que se produzca aquel, el cese de la obligación de llevar los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT.

En este caso, cada sujeto pasivo deberá dar cumplimiento a la obligación de llevar los libros registro de acuerdo con sus condiciones particulares. Si reúnen las condiciones para aplicar de forma obligatoria el sistema de llevanza electrónica, deberán emplearlo de manera inmediata. En otro caso podrán optar por su aplicación en la forma expuesta en este epígrafe, esto es, en el mes de noviembre anterior al inicio del año natural en el que deba surtir efecto; si bien hubiera sido más que deseable prever la posibilidad de optar en el momento del cese del régimen especial para aquellas entidades que no tuvieran obligación de aplicar este sistema de llevanza de los libros.

2.2.5. Sujetos pasivos que realizan actividades exentas de IVA o no sujetas a IVA

El sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT es obligatorio para los empresarios o profesionales y otros sujetos pasivos del IVA que tengan un periodo de liquidación que coincida con el mes natural.

Dado que el sistema viene relacionado de manera directa con el periodo de liquidación, queda claro que están fuera del sistema aquellos sujetos pasivos que realicen exclusivamente actividades u operaciones exentas de IVA por las que no se atribuye al sujeto pasivo el derecho a la deducción, conforme a lo dispuesto en los artículos 92 y 94 de la LIVA, y ello por cuanto no tienen que presentar autoliquidaciones del impuesto. Ello resulta incongruente con la finalidad de este sistema, como es el del control del fraude, dado que si bien en estas actividades existirá un menor riesgo fiscal en cuanto a la recaudación por IVA, sin embargo este riesgo fiscal no desaparece o disminuye respecto de otros tributos.

Cuestión distinta es el caso de empresarios o profesionales que realizan exclusivamente actividades u operaciones exentas que sí generan el derecho a la deducción (exportaciones, operaciones asimiladas a exportaciones y entregas intracomunitarias de bienes). En este caso tienen obligación de presentar autoliquidaciones del impuesto, por lo que les resultará de aplicación cuanto se ha expuesto sobre la obligación o la opción de acogerse a este sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT.

EJEMPLO 5

- a) Una sociedad mercantil dedicada exclusivamente a la enseñanza primaria y secundaria con un volumen de operaciones anual superior a 6.010.121,04 euros no aplica el sistema de SII, en tanto realiza exclusivamente operaciones exentas del artículo 20.Uno.9.º de la LIVA que no generan el derecho a la deducción de las cuotas soportadas afectas a esta actividad y no presenta autoliquidaciones mensuales (ni trimestrales).

.../...

.../...

- b) Por el contrario, una sociedad mercantil cuya actividad exclusiva es la exportación de materiales industriales para instalaciones solares, con un volumen anual superior a 6.010.121,04 euros está obligada a aplicar el sistema de SII ya que, aun cuando realiza actividades exentas del artículo 21 de la LIVA, genera el derecho a la deducción de las cuotas soportadas afectas a esta actividad exportadora y tiene obligación de presentar autoliquidaciones mensuales.

Si los sujetos pasivos realizan actividades exentas que no generan el derecho a la deducción y otras exentas que sí generan el derecho a la deducción o bien operaciones no exentas, aplicaremos cuanto se ha expuesto como reglas generales; si bien, como en los libros registro de IVA deben anotarse todas las operaciones realizadas o recibidas por el sujeto pasivo, este deberá dar información a través de la Sede electrónica de todas las facturas emitidas y recibidas, cualquiera que fuese la tributación de las operaciones.

En el supuesto de que el sujeto pasivo establecido en el territorio de aplicación del impuesto realice operaciones no sujetas por localizarse su tributación fuera del territorio de aplicación del impuesto, deberemos tener en cuenta lo expuesto anteriormente. Si genera el derecho a la deducción de las cuotas soportadas en el territorio de aplicación del impuesto, tiene obligación de presentar declaraciones-liquidaciones por lo que quedará sujeto a la obligación de aplicar el sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT cuando concurren las condiciones para ello, o podrá optar por su aplicación en otro caso. En el supuesto de que dichas operaciones no generen el derecho a la deducción no tiene que presentar autoliquidaciones, lo que le excluye del sistema.

EJEMPLO 6

- a) Una sociedad mercantil establecida en el territorio de aplicación del impuesto cuya actividad es la de realizar aplicaciones informáticas para empresarios establecidos fuera del territorio tiene un volumen de operaciones anual superior a 6.010.121,04 euros.

Las operaciones realizadas por esta sociedad se localizan fuera del territorio de aplicación del impuesto (art. 679.Uno.1.º de la LIVA), si bien genera el derecho a la deducción (art. 94.Uno.2.º de la LIVA) y tiene obligación de presentar autoliquidaciones mensuales, por lo que debe aplicar el sistema de SII respecto de la factura emitida y recibida.

- b) Una sociedad mercantil establecida en el territorio de aplicación del impuesto dedicada a la enseñanza *online* de idiomas tiene un volumen de operaciones anual superior a 6.010.121,04 euros, siendo sus destinatarios personas o entidades establecidas fuera del

.../...

.../...

territorio de aplicación del impuesto que no reúnen la condición de empresarios o profesionales o se trata de personas jurídicas que no actúan como empresarios o profesionales.

Por aplicación de la regla establecida en el artículo 70.Uno.4.º de la LIVA (suponemos que las operaciones tienen la naturaleza de servicios prestados por vía electrónica al concurrir las condiciones previstas en el artículo 7 del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011) las operaciones no se encuentran sujetas al IVA español pues se localizan en sede del destinatario. Estas operaciones no generan el derecho a la deducción de las cuotas soportadas (art. 94.Uno.2.º de la LIVA), y no tiene obligación de presentar autoliquidaciones de IVA, por lo que no aplicará el sistema de SII a pesar de su volumen de operaciones.

Debe determinarse si quien realiza operaciones exclusivamente exentas o no sujetas por localizarse fuera del territorio de aplicación del impuesto y en ambos casos no generan el derecho a la deducción, puede o no acogerse a este sistema de manera optativa. La aplicación voluntaria del sistema no exige condición alguna, atribuyéndose al resto de los empresarios o profesionales y otros sujetos pasivos del IVA que no estén obligados a aplicarlo, por lo que en principio no quedan excluidos de acogerse a este sistema voluntariamente, si bien en su origen la finalidad de este sistema de llevanza de los libros no casa con estos supuestos, ni seguramente las ventajas que puedan obtener estos empresarios o profesionales sean superiores al hecho de no tener que presentar los modelos de declaración informativa 390 y 347, de los que quedarían eximidos en caso de acogerse al sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT. Esto es, la ventaja obtenida de acogerse al sistema es precisamente la no presentación de las declaraciones informativas.

EJEMPLO 7

Estará obligado a aplicar el sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT un empresario establecido en el territorio de aplicación del impuesto que presta servicios de ingeniería exclusivamente a otros empresarios y profesionales establecidos fuera del territorio de aplicación del impuesto cuando su volumen de operaciones es superior a 6.010.121,04 euros. En caso de ser inferior podrá aplicarlo opcionalmente.

Queda por concretar si el sujeto pasivo establecido en el territorio de aplicación del impuesto debe suministrar información en relación con operaciones realizadas desde establecimientos permanentes situados fuera del territorio de aplicación del impuesto. La respuesta debe ser negativa en tanto en cuanto que estos establecimientos permanentes quedan sometidos al cumpli-

miento de las obligaciones formales y materiales del Estado miembro o del territorio tercero o Estado tercero en el que se encuentren. De otra parte, en el artículo 62.6 del RIVA, al establecerse la obligación de aplicar este sistema de SII se alude a los establecimientos localizados en el territorio de aplicación del impuesto.

2.2.6. Primer año de ejercicio de la actividad

Nada se indica en la norma reglamentaria sobre la situación de los empresarios o profesionales que inicien una actividad económica sujeta al impuesto.

Por ello, en el año en que se inicie la actividad deberemos aplicar las normas anteriormente expuestas, de forma que solo los sujetos pasivos que tengan un periodo de liquidación mensual deberán aplicar obligatoriamente este sistema de llevanza de los libros registro.

Ello supone, en principio, que quedarán excluidos de esta obligación los sujetos pasivos que deberían aplicar el sistema exclusivamente en función de la cifra de volumen de operaciones, dado que en el primer año de ejercicio de la actividad este importe no tiene magnitud alguna, pues se fija en relación con el volumen del ejercicio inmediato anterior.

Como se ha señalado al examinar la opción voluntaria por acogerse a este sistema, los empresarios que inicien su actividad en el año natural en curso podrán optar por este sistema de llevanza de los libros registro. El ejercicio de esta opción se efectuará al tiempo de presentar la declaración de comienzo de la actividad, surtiendo efecto dicha opción en el año natural en curso; y podrá renunciar al mismo en el mes de noviembre del mismo año en que ha iniciado la actividad con efectos para el ejercicio natural siguiente, tanto en el caso de no haberse inscrito en el REDEME como si han efectuado la inscripción en este registro (la obligatoriedad de permanencia en este registro al menos durante el año en que se solicita la inscripción y el inmediato siguiente se exige respecto de quienes hayan solicitado la inscripción durante el plazo de presentación de las declaraciones-liquidaciones periódicas o de empresarios o profesionales que no hayan iniciado la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales).

Asimismo, aplicarán este sistema aquellos empresarios o profesionales que se acojan al sistema de devolución mensual.

EJEMPLO 8

- a) Una sociedad mercantil se crea el 15 de enero de este ejercicio para realizar una actividad inmobiliaria de compraventa de terrenos y edificaciones. Aun cuando las previsiones para este ejercicio, en cuanto al cálculo de su volumen de operaciones, sea superior a 6.010.121,04 euros, no tiene obligación de aplicar este sistema de SII.

.../...

.../...

- b) Un sujeto pasivo inicia el ejercicio de la actividad económica, sujeta y no exenta, el 1 de julio de 20X1, aplicando el régimen general del impuesto. Se conoce que a 31 de diciembre de 20X1 su volumen de operaciones ha sido de 3.100.000 euros.

Este sujeto pasivo al darse de alta como empresario no tiene obligación de llevar los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT en el año 20X1. No obstante, si opta por acogerse al sistema de devolución mensual, o bien opta por llevar los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT, aplicará este sistema de suministro de información.

En el año 20X2 incurre en uno de los supuestos en virtud de los cuales es obligatorio aplicar este sistema de suministro de información (se eleva al íntegro anual el volumen de operaciones semestral, resultando 6.200.000 euros), por lo que resulta obligatorio aplicarlo.

2.3. EMPRESARIOS O PROFESIONALES CON DOMICILIO FISCAL EN UNA HACIENDA FORAL, O QUE OPEREN EN TERRITORIO COMÚN Y FORAL

De acuerdo con las normas reguladoras de las Haciendas forales, el sistema de SII resultará aplicable en estos territorios en las condiciones y requisitos que se establezcan en la normativa foral. A estos efectos debemos recordar que estas Haciendas forales tienen asumidas determinadas competencias respecto de obligaciones formales, de manera que los empresarios o profesionales encuadrados bajo la competencia inspectora de las Haciendas forales deberán cumplir las obligaciones formales a las que resulten obligados de acuerdo con la normativa foral.

No obstante, en el supuesto de empresarios o profesionales con domicilio fiscal en una Hacienda foral cuyo volumen total de operaciones en el año inmediato anterior hubiera excedido de 7 millones de euros, y el 75% o más del volumen se hubiera realizado en territorio común, aplicarán el sistema de SII de acuerdo con la normativa estatal.

En definitiva, hasta la aprobación de la normativa foral que regule esta materia solo están obligados a aplicar el sistema de SII los empresarios o profesionales cuya competencia inspectora corresponda a la Hacienda estatal.

3. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE SII

3.1. IDEA GENERAL DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

Los sujetos pasivos encuadrados en el perímetro subjetivo de aplicación del sistema llevarán los libros registro de IVA que seguidamente se examinan mediante el suministro electrónico

de los registros de facturación a través de la Sede electrónica de la AEAT. Esto es, respecto de las personas y entidades a las que resulte de aplicación el sistema u opten por él, la llevanza de los libros deberá realizarse a través del sistema de SII, mediante el suministro electrónico de los registros de facturación.

No se remiten las facturas o copia de las mismas, sino los destalles sobre la facturación, configurándose en la AEAT los libros registro de IVA. La remisión de esta información deberá realizarse conforme a los campos de registro que serán aprobados por el Ministerio de Hacienda y Función Pública a través de la correspondiente orden ministerial, y su envío se realizará por vía electrónica, bien mediante servicios web basados en el intercambio de mensajes XML, o a través de un formulario web cuando se trate de sujetos pasivos que realicen pocas operaciones o cuando se quieran remitir los registros de facturas concretas de forma aislada.

Además, la información de las facturas y operaciones realizadas o recibidas por los sujetos pasivos se suministrará en función del régimen especial o tipo de operación con trascendencia tributaria a la que se refieran de acuerdo con las claves de identificación que se definen en el proyecto de orden ministerial.

3.2. LIBROS REGISTRO QUE RESULTAN AFECTADOS

El sistema de llevanza de los libros por medios electrónicos afecta al conjunto de los libros registro que resultan obligatorios para los empresarios o profesionales sujetos pasivos del IVA, esto es:

- a) Libro registro de facturas expedidas, en el que se anotan las facturas que hayan expedido los empresarios o profesionales, o quienes, sin tener la condición de empresarios o profesionales a los efectos del IVA, sean sujetos pasivos de este, en relación con las facturas que expidan en su condición de tales.
- b) Libro registro de facturas recibidas, en el que los empresarios o profesionales, a los efectos del IVA, deberán anotar, numerándolas correlativamente, todas las facturas, justificantes contables y documentos de aduanas correspondientes a los bienes adquiridos o importados y a los servicios recibidos en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional.
- c) Libro registro de bienes de inversión, que es llevado por aquellos sujetos pasivos del IVA que tengan que practicar la regularización de las deducciones por bienes de inversión, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 107 a 110, ambos inclusive, de la LIVA, registrándose, debidamente individualizados, los bienes adquiridos calificados como de inversión conforme al artículo 108 de la LIVA, y reflejando los datos suficientes para identificar de forma precisa las facturas y documentos de aduanas correspondientes a cada uno de los bienes de inversión, así como la fecha del comienzo de su utilización, prorata anual definitiva y la regularización anual, si procede, de las deducciones.

- d) Libro registro de determinadas operaciones intracomunitarias, que llevan los sujetos pasivos del IVA y en el que se anotan las siguientes operaciones:
- El envío o recepción de bienes para la realización de los informes periciales o trabajos mencionados en el artículo 70.Uno.7.º, letra b) de la LIVA (la operación se localiza en el territorio de aplicación del impuesto si materialmente se presta el servicio en este territorio, teniendo en cuenta que el destinatario no debe reunir la condición de empresario o profesional o no actuar en calidad de tal). Debe tenerse en cuenta que en este último precepto se establece una regla de localización referida a destinatarios no empresarios o profesionales actuando como tal. Por ello, debe considerarse que fundamentalmente se anotarán en este libro las recepciones de los bienes cuando se reciben desde otro Estado miembro y posteriormente su envío una vez realizado el informe o los trabajos sobre los bienes muebles.

EJEMPLO 9

Se anotará en este libro registro la operación por la que un empresario establecido en el territorio de aplicación del impuesto recibe un cuadro del siglo XVIII propiedad de un particular neerlandés, que es remitido desde Países Bajos para que el empresario español realice en el mismo los trabajos consistentes en la restauración de esta obra de arte.

- Las transferencias de bienes comprendidas en el artículo 9.3.º de la LIVA, incluidas las contempladas en las letras e), f) y g) del citado precepto, esto es:
 - Las transferencias intracomunitarias de bienes, o *transferts* intracomunitarias o autoconsumos intracomunitarios, efectuadas por un sujeto pasivo de un bien corporal de su empresa con destino a otro Estado miembro, para afectarlo a las necesidades de aquella en este último, y las operaciones de signo contrario.

EJEMPLO 10

Cuando un empresario establecido en el territorio de aplicación del impuesto remite a un establecimiento permanente que tiene en Francia un ordenador que tenía en sus instala-

.../...

.../...

ciones españolas para afectarlo a las necesidades del establecimiento que tiene en territorio francés, debe anotar esta operación de transferencia intracomunitaria en este libro registro de determinadas operaciones intracomunitarias.

- La prestación de un servicio para el sujeto pasivo, que tenga por objeto informes periciales o trabajos efectuados sobre dichos bienes en el Estado de llegada de la expedición o del transporte de los mismos, siempre que estos, después de los mencionados servicios, se reexpidan con destino al sujeto pasivo en el territorio de aplicación del impuesto. Entre los citados trabajos se comprenden las reparaciones y las ejecuciones de obra que puedan calificarse de prestaciones de servicios de acuerdo con el artículo 11 de la LIVA. Si en la norma de conflicto antes apuntada del artículo 70.Uno.7.º, letra b) se hacía referencia a destinatarios que no tenían la condición de empresarios o profesionales o no actuaban como tales, en esta operación recogida en el artículo 9.3.º, letra e), se refleja la prestación de servicios entre empresarios o profesionales establecidos uno en el territorio de aplicación del impuesto (quien envía el bien) y el prestador en el territorio de otro Estado miembro (quien lo recibe), localizándose la operación de acuerdo con la regla general del artículo 69.Uno.1.º de la LIVA.

EJEMPLO 11

Se anotará en este libro registro el envío de una maquinaria industrial electrónica que realiza un empresario establecido en el territorio de aplicación del impuesto a otro empresario establecido en Bélgica para que este último efectúe una reparación en ella y posteriormente se reenvíe al territorio de aplicación del impuesto.

- La utilización temporal de dichos bienes, en el territorio del Estado miembro de llegada de la expedición o del transporte de los mismos, en la realización de prestaciones de servicios efectuadas por el sujeto pasivo establecido en el territorio de aplicación del impuesto.

EJEMPLO 12

Un empresario establecido en el territorio de aplicación del impuesto, dedicado a la reparación de infraestructuras, es contratado por una Administración pública francesa para efectuar la reparación de un tramo de una carretera en Francia. Para ello, el empresario español envía a Francia maquinaria de obra pesada para efectuar los trabajos que durarán cuatro meses. Una vez concluidos los trabajos, la maquinaria volverá al territorio de aplicación del impuesto.

El envío de esta maquinaria deberá reflejarse en este libro registro de determinadas operaciones intracomunitarias.

- La utilización temporal de dichos bienes, por un periodo que no exceda de 24 meses, en el territorio de otro Estado miembro en el interior del cual la importación del mismo bien procedente de un país tercero para su utilización temporal se beneficiaría del régimen de importación temporal con exención total de los derechos de importación.

EJEMPLO 13

Una entidad financiera establecida en el territorio de aplicación del impuesto con sucursales en el Reino Unido organiza una exposición de pintura en Londres, que durará tres meses, con parte de la pinacoteca que posee en España.

La remisión de los bienes deberá tener reflejo en el libro registro de determinadas operaciones intracomunitarias.

- Las adquisiciones intracomunitarias previstas en el artículo 16.2.º de la LIVA, esto es:
 - La afectación a las actividades de un empresario o profesional desarrolladas en el territorio de aplicación del impuesto de un bien expedido o transportado por ese empresario, o por su cuenta, desde otro Estado miembro en el que el referido bien haya sido producido, extraído, transformado, adquirido o importado por dicho empresario o profesional en el desarrollo de su actividad empresarial o profe-

sional realizadas en el territorio de este último Estado miembro. No es pues sino una adquisición intracomunitaria que es el resultado de una transferencia de bienes en otro Estado miembro.

EJEMPLO 14

Un empresario establecido en el territorio de aplicación del impuesto adquiere madera a empresarios establecidos en Alemania, almacenándola en un depósito que tiene en las afueras de Múnich. Posteriormente la madera es transportada a la fábrica que tiene el empresario en el territorio de aplicación del impuesto.

Además de las operaciones interiores de entregas de bienes que tienen lugar en Alemania por la adquisición de la madera, por las que el empresario español soportará IVA alemán, este empresario español realiza posteriormente transferencias intracomunitarias desde Alemania al territorio de aplicación del impuesto, que deberán reflejarse en el libro registro de determinadas operaciones intracomunitarias. Deberá darse de alta como empresario en Alemania y declarar la transferencia intracomunitaria, pudiendo así deducir el impuesto alemán que soportó por la compra de la madera.

- Se comprenden además los restantes tres supuestos previstos en el punto anterior, si bien en sentido contrario al que se ha expuesto.

3.3. LIBRO REGISTRO DE FACTURAS EXPEDIDAS

3.3.1. Plazo de remisión electrónica de la información

Deberemos distinguir en los plazos de remisión los siguientes supuestos:

3.3.1.1. Regla general. Plazo de cuatro u ocho días

La información correspondiente a las facturas expedidas deberá suministrarse:

- Si la factura es expedida por el sujeto pasivo que realiza la operación, en el plazo de cuatro días naturales desde la expedición de la factura. En cualquier caso, el citado suministro deberá realizarse antes del día 16 del mes siguiente a aquel en que se hubiera producido el devengo del IVA correspondiente a la operación que deba registrarse.

Respecto del ejercicio 2017 este plazo de cuatro días se amplía a ocho días naturales.

- Si la factura es expedida por el destinatario o por un tercero, de acuerdo con los artículos 164.Dos de la LIVA y 5 del REFA, el plazo será de ocho días naturales. Al igual que en el supuesto anterior, en cualquier caso, el citado suministro deberá realizarse antes del día 16 del mes siguiente a aquel en que se hubiera producido el devengo del IVA correspondiente a la operación que deba registrarse.

Respecto del ejercicio 2017 este plazo de ocho días naturales no ha sufrido variación alguna, a diferencia del supuesto anterior.

- Respecto de los dos supuestos anteriores, deben tenerse en cuenta los plazos de expedición de las facturas (art. 11 del REFA):
 - Si el destinatario no es empresario o profesional o no actúa en condición de tal, la factura debe expedirse en el momento en que se produce el devengo. Por ello, no habrá problema alguno temporal en el cumplimiento de la obligación de suministro de la información a través de la Sede electrónica de la AEAT, puesto que como mucho si el devengo se produce el último día de un mes natural, la remisión deberá efectuarse en los cuatro u ocho días naturales siguientes; por tanto, siempre dentro del plazo máximo que fija la norma, esto es, antes del día 16 del mes siguiente a aquel en que se produce el devengo.
 - Ahora bien, si el destinatario es otro empresario o profesional actuando en condición de tal, como regla general, el plazo para expedir factura concluye el día 15 del mes siguiente a aquel en que se ha producido el devengo (antes del día 16 se indica en el REFA tras la reforma operada por este real decreto). Ello significará que, en el caso de que la factura se emita el último día de este periodo, deberá remitirse al destinatario el mismo día (art. 18 del REFA) y también deberá suministrarse la información a través de la Sede electrónica de la AEAT ese día, existiendo incumplimiento en otro caso que podría conllevar infracción tributaria.
- En el supuesto de entrega de bienes que requieran la presentación de una declaración en aduana para el despacho de los mismos, los cuatro días naturales se deberán computar desde la fecha de admisión a despacho del correspondiente documento por la Administración aduanera.
- Las operaciones a las que sea de aplicación el régimen especial del criterio de caja deberán informarse en los plazos anteriores, como si a dichas operaciones no les hubiera sido de aplicación dicho régimen especial, sin perjuicio de los datos que deban suministrarse en el momento en que se efectúen los cobros o pagos totales o parciales de las operaciones.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 decies del RIVA, los sujetos pasivos acogidos a este régimen especial deben incluir en el libro registro de facturas ex-

pedidas, además de la información general que todo empresario o profesional acogido al régimen general debe recoger: 1.º las fechas de cobro, parcial o total, de la operación con indicación por separado del importe correspondiente, en su caso; y 2.º indicación de la cuenta bancaria o del medio de cobro utilizado, que pueda acreditar el cobro parcial o total de la operación.

Debe observarse que el legislador no ha descuidado que en el libro registro de facturas expedidas, al igual que en el de las recibidas, deben anotarse unos datos adicionales.

Por ello alude a que, de un lado, debe suministrarse la información relativa a la emisión de la factura: en este momento deberá informarse de los datos relativos a la misma, pero no pueden aportarse todos los datos que se deben anotar en el libro registro. De otro, una vez que concurran las circunstancias de cobro total o parcial, deberá suministrarse esa información adicional.

Se establece así un sistema de suministro de información que tiene lugar en dos momentos o en más (si el pago es parcial o fraccionado). La norma alude a que esta información se efectuará en los plazos establecidos en los apartados anteriores, pero debe tenerse en cuenta que si la factura ha sido emitida por un tercero o por el destinatario, el cobro no tiene que realizarse a través de un tercero ni tiene sentido alguno a que se aluda a un plazo de ocho días naturales. Por ello hubiera sido conveniente que el legislador hubiera reflejado expresamente un plazo específico respecto de la información a suministrar en segundo lugar, aunque debe considerarse que es el de cuatro días naturales desde que se produce el cobro total o parcial. Ello también puede dar lugar a graves problemas de control por parte del empresario o profesional, puesto que si el cobro se realiza a través de entidades financieras, la información del cobro puede llegar al empresario más tarde de los cuatro días desde que tiene efectividad el cobro en la cuenta corriente afecta a la actividad y no puede por ello decirse que su conducta sea merecedora de sanción. Indudablemente el legislador no ha tenido en cuenta estas situaciones, seguramente al considerar que pocos empresarios o profesionales acogidos a este régimen especial del criterio de caja se darán de alta opcionalmente en el sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT, pero hubiera sido deseable una mayor precisión del legislador respecto de este régimen especial.

EJEMPLO 15

Un profesional acogido al régimen especial del criterio de caja y acogido también al sistema de llevanza de los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT realiza la actividad de asesoría fiscal. En el mes de marzo de 20X1 realiza, entre otras, una prestación

.../...

.../...

de servicios para un particular el día 20 de marzo y otra asesoría fiscal para un empresario el 26 de marzo. El cobro de la primera se realiza el mismo día 20 de marzo y de la segunda el día 5 de julio siguiente. Las facturas son emitidas por el profesional asesor fiscal.

La prestación realizada para el particular debe documentarse en factura el mismo día 20, puesto que se produce el devengo de la operación tanto de acuerdo con las normas generales del impuesto como con las reglas del régimen especial del criterio de caja. Deberá, por tanto, suministrar la información relativa a esta operación en los cuatro días naturales siguientes, computados en la forma que se expone seguidamente (se excluyen los sábados, los domingos y los declarados festivos nacionales).

Respecto de la segunda operación, si bien el devengo de acuerdo con las reglas del régimen especial tiene lugar el 5 de julio, sin embargo tiene obligación de emitir factura aplicando las reglas generales del impuesto contenidas en el REFA. Por ello, tiene obligación de emitir factura antes del día 16 del mes de abril. La información relativa a esta factura deberá remitirse a través de la Sede electrónica de la AEAT en los cuatro días naturales siguientes a la expedición de la factura. En este momento suministrará la información relativa a la emisión de la factura con todos los datos generales que cualquier empresario o profesional debe remitir.

El cobro total se produce el 5 de julio y en este caso debe suministrar la información en los cuatro días naturales siguientes a que se alude en el artículo 61 decies, apartado 1, del RIVA, esto es, la fecha de cobro y la cuenta bancaria o el medio de cobro utilizado, que pueda acreditar el cobro de la operación.

- Las rectificaciones registrales a que se refiere el artículo 70 del RIVA deberán informarse antes del día 16 del mes siguiente al final del periodo al que se refiera la declaración en la que deban tenerse en cuenta; por tanto, antes de que concluya el plazo de declaración-liquidación.

A efectos del cómputo del plazo de cuatro u ocho días naturales, se excluirán los sábados, los domingos y los declarados festivos nacionales; de manera que los festivos autonómicos y locales no quedan excluidos, integrándose dentro del plazo. Debe concluirse, por tanto, que, si el día 15 del mes siguiente a aquel en que se produce el devengo es sábado, domingo o es declarado festivo nacional, el plazo para suministrar la información se trasladará al día natural siguiente que no coincida con cualquiera de las circunstancias anteriores.

Dados los plazos que se conceden para remitir la información resultará de capital importancia dar cumplimiento a los plazos en que pueden o deben expedirse las facturas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del REFA respecto de las facturas en general y el artículo 15 en relación con las facturas rectificativas, si bien debe tenerse en cuenta que determinados supuestos de rectificación tienen reglas específicas, como es el caso del concurso y de los créditos incobrables, recogidas en los artículos 80.Tres, Cuatro y Cinco de la LIVA y 24 del RIVA.

Por otra parte, el precepto alude a que la información se suministrará en el plazo de los cuatro u ocho días naturales «desde» la expedición de la factura, lo que plantea el problema de su cómputo. Aun cuando la expresión pueda llevar a considerar que en el cómputo debe incluirse el día en que se expide la factura, debe tenerse en cuenta el principio general de que los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, en este caso la fecha de expedición de la factura (de acuerdo con el art. 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas).

Este cómputo de plazo tiene, sin embargo, la excepción antes señalada, puesto que en el caso de que la factura se expida a un empresario o profesional, el plazo puede ser inferior a cuatro u ocho días naturales si se emite entre los días 12 a 15 del mes siguiente a aquel en que se produce el devengo, ya que en todo caso el suministro de la información debe efectuarse como más tarde el día 15 de ese mes.

EJEMPLO 16

Un empresario que aplica el sistema de llevar los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT realiza las siguientes operaciones:

- Vende un bien mueble a un particular el día 15 de junio, que es lunes. La factura deberá emitirse con esa misma fecha, teniendo de plazo para suministrar la información hasta el día 19 de junio, viernes, inclusive, salvo que alguno de los días sea fiesta nacional, en cuyo caso el plazo concluirá el día 22 de junio lunes (ya que del cómputo se excluyen los sábados y domingos y los días declarados festivos nacionales).
- Vende un bien mueble a un empresario el día 22 de junio, lunes, emitiendo la factura el día 30 de junio, martes. En este caso en la factura deberá hacer constar tanto la fecha de devengo de la operación como la de expedición; y el plazo para suministrar la información a través de la Sede electrónica de la AEAT concluirá el día 6 de julio, lunes, dado que no se computan los sábados y domingos. Si algunos de los días 1, 2 o 3 de julio fuera fiesta nacional, el plazo se alargaría al día siguiente 7 de julio. La factura deberá ser remitida al destinatario antes del día 16 de julio.
- Vende un bien mueble a un empresario el día 30 de junio, martes, expidiendo factura el día 13 de julio, lunes. Al igual que en el supuesto anterior, deberá reflejarse en la factura tanto la fecha de devengo como de expedición de la factura y se suministrará la información a la AEAT como más tarde el día 15 de julio, miércoles, por lo que en este caso el plazo de suministro de la información se acorta.
- Vende un bien mueble a un empresario el día 30 de junio, martes, expidiendo factura el día 15 de julio, miércoles. En la factura se harán constar la fecha de devengo y la de expedición de la factura. Esta deberá ser remitida al destinatario el mismo día 15 y deberá suministrar la información a través de la Sede electrónica de la AEAT el mismo día 15.

3.3.1.2. Durante los primeros 30 días del mes de enero siguiente al ejercicio al que se refieren las informaciones

De acuerdo con el proyecto de orden ministerial que desarrolla el sistema de SII existen dos informaciones que deben suministrarse con carácter anual durante los primeros 30 días del mes de enero siguiente al ejercicio al que se refieran estas informaciones.

Se trata de la siguiente información, recogida en el citado proyecto de orden, y que se refiere a parte de los datos que figuran en los artículos 33 a 36 del RGIT y que se desarrolla en el subepígrafe posterior:

- a) Importes superiores a 6.000 euros que se hubieran percibido en metálico durante el ejercicio de una misma persona o entidad.
- b) Las entidades aseguradoras comprendidas en el artículo 62.6 del RIVA deberán informar de las operaciones de seguros en los términos previstos en los artículos 32 c) y 33.1 del RGIT.

El suministro de información de estos datos deberá efectuarse de forma agrupada respecto de cada una de las personas o entidades con las que se hubieran efectuado las operaciones, conforme a los criterios de imputación temporal previstos en el artículo 35 del RGIT; y se efectuará de acuerdo al formato y diseño de los mensajes informáticos que consten en la Sede electrónica de la AEAT.

3.3.2. Información que debe contener el libro registro de facturas expedidas y que debe suministrarse a la AEAT

Respecto de la información a suministrar relativa a este libro registro debemos distinguir los siguientes grupos de datos:

3.3.2.1. El primero se refiere a los datos generales que deben contenerse en el libro registro, al que están obligados todos los empresarios o profesionales, con las excepciones previstas en los regímenes especiales.

En el artículo 63.3 del RIVA se contiene la información que debe recoger este libro registro respecto de las facturas que expide un empresario o profesional. Se mantiene la información general que todo empresario o profesional, acogido o no al sistema de llevanza electrónica, debe reflejar en el libro registro. De esta forma, las facturas expedidas se inscribirán, una por una, consignándose:

- Número y, en su caso, serie.
- La fecha de expedición.

- La fecha de realización de las operaciones, en caso de que sea distinta de la anterior.
- El nombre y apellidos, razón social o denominación completa y número de identificación fiscal (NIF) del destinatario.
- La base imponible de las operaciones, determinada conforme a los artículos 78 y 79 de la LIVA.
- En su caso, el tipo impositivo aplicado y, opcionalmente, también la expresión «IVA incluido».
- La cuota tributaria.

En el caso de facturas simplificadas se informará del importe total de la factura; aunque si se trata de facturas simplificadas cualificadas deberá desglosarse el importe de la cuota.

Hay que recordar que la base imponible, la cuota de impuesto y el importe total de la factura debe figurar en euros (conforme a lo dispuesto en el art. 79 de la LIVA debe consignarse como base imponible el contravalor en euros, aplicando el tipo de cambio vendedor fijado por el Banco Central Europeo a la fecha de devengo de la operación).

- Si la operación se ha efectuado conforme al régimen especial del criterio de caja se deberán incluir las menciones reflejadas en el artículo 61 decies, apartado 1 del RIVA (las fechas del cobro, parcial o total, de la operación, con indicación por separado del importe correspondiente, en su caso; y la indicación de la cuenta bancaria o del medio de cobro utilizado, que pueda acreditar el cobro parcial o total de la operación). En el caso de que por la operación realizada no se obtenga el cobro en el plazo establecido y el devengo se produzca el 31 de diciembre del año posterior al que se realiza la operación, la fecha que deberá figurar como de cobro será esta última. Los posteriores cobros no generarán anotación alguna.

EJEMPLO 17

Un empresario que aplica el régimen especial del criterio de caja, y está acogido al sistema de SII, realiza una operación sujeta y no exenta de IVA el 1 de septiembre de 20X1, por importe de 10.000 euros, cuyo destinatario es otro empresario o profesional. La factura es expedida el 1 de octubre de 20X1, y el cobro de la operación tiene lugar a través de transferencia el 10 de diciembre de 20X1.

Con fecha 1 de septiembre de 20X1 no debe efectuarse anotación alguna en el libro registro de facturas expedidas. Esta anotación debe efectuarla en el plazo de los cuatro días naturales siguientes al 1 de octubre de 20X1, en que expide la factura (ocho días naturales si estamos en 2017).

.../...

.../...

Percibido el importe de la factura mediante transferencia el 10 de diciembre, deberá suministrar la información relativa a la fecha de cobro, importe percibido y medio de cobro utilizado (cuenta bancaria u otro medio de cobro) en el plazo de los cuatro días naturales siguientes (ocho días en el ejercicio 2017).

3.3.2.2. Un segundo grupo se refiere a información adicional a la anterior, prevista y regulada expresamente en el artículo 63.3 del RIVA.

El libro registro de facturas expedidas por los sujetos pasivos que apliquen el sistema de llevanza electrónica deberá contener adicionalmente los siguientes datos que, por tanto, deberán ser suministrados, al igual que los anteriores, a través de la Sede electrónica de la AEAT.

Se trata de datos que, en su conjunto, superan la información exigida en el REFA, al igual que ocurre con los datos a proporcionar del libro registro de facturas recibidas, lo que incide todavía más en la finalidad de control por parte de la Administración tributaria que se pretende con la instauración de este sistema de llevanza de los libros:

- a) Tipo de factura expedida, indicando si se trata de una factura completa u ordinaria, simplificada (normal y cualificada) o rectificativa. En este sentido, los campos de registro electrónico que se aprueben por orden del ministro de Hacienda y Función Pública podrá exigir que se incluyan otras especificaciones que sirvan para identificar determinadas facturas como el caso de las facturas expedidas por terceros, así como la identificación de aquellos recibos y otros documentos de uso en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional a que se refieren el artículo 16.1 y la disposición adicional primera del REFA.

Como puede observarse, debe suministrarse información de toda factura emitida por el empresario o profesional, cualquiera que sea su tipo, pero se añade la necesidad de diferenciar la tipología de la factura y, por tanto, ponerlo de manifiesto a la AEAT.

- b) Identificación, en su caso, de si se trata de una rectificación registral a que se refiere el artículo 70 del RIVA, esto es, deberá identificarse si nos encontramos ante algún error material al efectuar las anotaciones registrales. Debe recordarse que esta rectificación se efectúa al finalizar el periodo de liquidación mediante una anotación o grupo de anotaciones que permita determinar, para cada periodo de liquidación, el correspondiente impuesto devengado y soportado, una vez practicada dicha rectificación.
- c) Descripción de las operaciones; lo que puede resultar complejo en función del diseño que de la sede electrónica se realice por la AEAT. En todo caso, nos encontramos

ante un elemento de control trascendente que permitirá a los órganos de la Administración tributaria la comprobación de la tributación correcta o no de las operaciones.

Respecto de esta información debe recordarse que en el artículo 6.1, letra f), del REFA, en relación con las facturas ordinarias o completas, se exige que consten en ellas la descripción de las operaciones, consignándose todos los datos necesarios para la determinación de la base imponible del IVA, tal como se define en los artículos 78 y 79 de la LIVA, correspondiente a aquellas y su importe, incluyendo el precio unitario sin IVA de las operaciones, así como cualquier descuento o rebaja que no esté incluido en dicho precio unitario. No se está exigiendo pues información adicional que deba contener la factura ordinaria o completa, debiendo entenderse que cuando se exige suministrar la información relativa a la descripción de las operaciones, debe identificarse esta con la que se refleja en el anterior precepto.

Cuestión distinta es el de las facturas simplificadas, sean normales o cualificadas, en cuyo caso se exige (art. 7.1, letra e), del REFA) la identificación del tipo de bienes entregados o de servicios prestados, por lo que se plantea si respecto de estas operaciones debe exigirse una descripción de las operaciones de acuerdo con lo expuesto para las facturas ordinarias o completas o basta con suministrar la información que requiere el REFA para este tipo de facturas. La identificación general de la información que deben contener los libros registro de facturas expedidas y recibidas con los datos que deben contener las facturas de acuerdo con el REFA lleva a la conclusión de que en caso de facturas simplificadas los datos que deberían suministrarse son los exigidos por el artículo 7.1, letra e), de este reglamento.

- d) En el caso de facturas rectificativas se deberán identificar como tales e incluirán la referencia a la factura rectificada o, en su caso, las especificaciones que se modifiquen. Puede conllevar este dato la dificultad en su plasmación, esencialmente cuando se refieran a un conjunto de facturas (art. 15.4 del REFA), por lo que resultará de gran importancia el desarrollo posterior de la norma reglamentaria.

También en los casos especiales previstos en el artículo 15.2 del REFA, esto es, devolución de envases y embalajes o de mercancías, en cuyo caso la rectificación se puede efectuar en la factura posterior a dicha devolución que expida el proveedor, sin necesidad de emitir una factura rectificativa específica. Debe entenderse que el tratamiento especial que se realiza respecto de estas circunstancias en el REFA y su reflejo en una factura posterior, permitirá no suministrar los datos que ahora se exigen, en cuanto el importe de los envases, embalajes o mercancías que se devuelven minoran la base imponible de la operación documentada en la factura posterior a este hecho, por lo que esta información debe considerarse incluida en los datos que debe contener la descripción de las operaciones, antes examinada.

Respecto de las facturas rectificativas por descuentos o bonificaciones por volumen de operaciones, se establece en el REFA que no será necesaria la identificación de las facturas rectificadas, bastando la determinación del periodo al que se refieran;

por lo que debe esperarse que en el posterior desarrollo del precepto reglamentario en relación con el diseño de los datos a suministrar se prevea esta circunstancia, pues lo lógico es en todo caso remitir los datos exigidos por el REFA, esto es, la concreción del periodo a que se refiere el descuento o bonificación.

- e) En el caso de facturas que se expidan en sustitución o canje de facturas simplificadas expedidas con anterioridad, se incluirá la referencia de la factura que se sustituye o de la que se canjea o, en su caso, las especificaciones que se sustituyen o canjean. Debe, por tanto, suministrarse información del tipo de factura, identificándose las facturas simplificadas sustituidas con el número, serie y fecha de expedición o, en su caso, las especificaciones que se sustituyen o canjean. Respecto del ejercicio y periodo, deberán consignarse los correspondientes al periodo de liquidación en que fue anotada la factura simplificada original.
- f) Las menciones a que se refieren los artículos 51 quáter y 61 quinquies, apartado 2, del RIVA, y las letras j) y l) a p) del artículo 6.1 del REFA, esto es:
- Las menciones relativas a las obligaciones formales específicas del régimen especial del oro de inversión previstas en el artículo 51 quater del RIVA; si bien esta mención se refiere al libro registro de facturas recibidas, por lo que más parece un error del legislador, dado que esta información debería contenerse entre aquella que debe suministrarse respecto de este último libro, dado que se trata de facturas recibidas (debe hacerse constar en este libro de facturas recibidas, con la debida separación, las adquisiciones o importaciones que corresponden a cada sector diferenciado de la actividad, cuando el sujeto pasivo que aplica este régimen especial del oro de inversión realiza otras actividades que constituyen otros sectores diferenciados distintos de las operaciones acogidas al régimen especial).
 - En relación con las operaciones intragrupo, dentro del régimen especial del grupo de entidades y nivel avanzado, deberá especificarse, además del contenido general previsto en el artículo 6 del REFA, la base imponible en dos formatos: de un lado, se hace constar en el libro registro de facturas expedidas la base imponible que resulte de la aplicación del nivel avanzado de este régimen especial y además se especificará la que resultaría de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de la LIVA, esto es, teniendo en cuenta las reglas de determinación de la base imponible en régimen general. Deberá identificarse la que corresponda a cada caso.
 - Si la operación está exenta, en la factura debe hacerse referencia a las disposiciones de la Directiva 2006/112/CE o a los preceptos correspondientes de la LIVA donde se establece la exención, o bien la indicación de que la operación está exenta. En el caso de que se documenten varias operaciones en una misma factura esta circunstancia se referirá únicamente a parte de ella, debiendo especificar.

- Las menciones que deben figurar en la factura por cualquiera de las circunstancias previstas en las letras l) a p) del artículo 6.1 del REFA: «facturación por el destinatario», «inversión del sujeto pasivo», «régimen especial de las agencias de viaje», «régimen especial de los bienes usados», «régimen especial de los objetos de arte», «régimen especial de las antigüedades y objetos de colección» o «régimen especial del criterio de caja».

- g) Periodo de liquidación de las operaciones que se registran a que se refieren las facturas expedidas.

En la norma se impone la obligación de concretar el periodo de liquidación del IVA al que se refiere la factura con el fin de que el control de la Administración tributaria sea riguroso, comprobando así de manera directa a través de la información suministrada por el sujeto pasivo si la cuota devengada se declara en periodos de liquidación distintos a aquel en que se ha producido el devengo.

Debe recordarse a estos efectos que la declaración de la cuota devengada en un periodo posterior a aquel en que se ha producido el devengo puede reflejar una conducta infractora del artículo 191.6 de la LGT.

EJEMPLO 18

El empresario A vende determinada mercancía al empresario B, teniendo lugar la entrega el 31 de marzo de 20X1. La factura es emitida el día 15 de abril.

En la factura deberán figurar ambas fechas al igual que en el libro registro de facturas expedidas y en la información a suministrar a la AEAT: la de devengo el 31 de marzo y la de expedición de la factura el 15 de abril.

Además, se informará que la operación se ha producido en el ejercicio 20X1 y en el periodo 03/M.

La información deberá remitirse a la AEAT el mismo día 15 de abril.

- h) Indicación de que la operación no se encuentra, en su caso, sujeta al IVA. Se refiere esencialmente a los supuestos en que la operación se localiza fuera del territorio de aplicación del impuesto y no a los recogidos en el artículo 7 de la LIVA pues por regla general en estos últimos, al no existir hecho imponible alguno, no hay que emitir factura.
- i) En el caso de que la factura haya sido expedida en virtud de una autorización en materia de facturación de las previstas en el REFA, se incluirá la referencia a la autorización concedida.

3.3.2.3. El tercer grupo de información a suministrar se refiere a especificaciones que sirven para identificar tipologías de facturas prevista en las letras a), d) y e) anteriores. Así, deberá informarse de las siguientes especificaciones, de acuerdo con el proyecto de orden:

- Si la factura es emitida en los términos a que se refieren los artículos 6 o 7 del REFA.
- Si la factura tiene la consideración de factura rectificativa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 del REFA. En este caso, y a los solos efectos del suministro electrónico de estos registros de facturación, la identificación de las facturas rectificadas será opcional.

En una factura recapitulativa se consignará como fecha de operación el último día del mes natural en que se hayan efectuado las operaciones que se documentan en la factura.

- Si el registro de facturación suministrado corresponde a una factura emitida en sustitución de facturas simplificadas expedidas con anterioridad. En este caso, y a los solos efectos del suministro electrónico de estos registros de facturación la identificación de las facturas simplificadas sustituidas será opcional.
- Si el registro de facturación suministrado se corresponde con un asiento resumen de facturas en los términos a que se refiere el artículo 63.4 del RIVA.
- Identificación de aquellas facturas que hayan sido emitidas por el destinatario o por un tercero de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del REFA. Recordemos que en estos casos el plazo para remitir la información es de 8 días naturales y que debe comunicarse mediante declaración censal (modelo 036) dicha opción, la fecha a partir de la cual se ejerce y, en su caso, la renuncia y la fecha de efecto de la misma.
- Identificación de que la factura ha sido expedida al amparo de una autorización habilitada en el REFA, e identificación de los registros de facturación informados con requisitos diferentes a los generales de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.5 del RIVA.
- Indicación de la naturaleza objeto de la operación, distinguiendo si se trata de una entrega de bienes o de una prestación de servicios cuando el destinatario no disponga de NIF o cuando, aun disponiendo de él, este comience por la letra «N». Recordemos que esta letra corresponde a personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que carezcan de la nacionalidad española.

3.3.2.4. El último grupo de información se refiere a la que puede exigir el ministro de Hacienda y Función Pública.

Se prevé finalmente que el ministro de Hacienda y Función Pública pueda mediante orden ministerial determinar que, junto a lo anterior, se incluya aquella otra información con trascendencia tributaria a que se refieren los artículos 33 a 36 del RGIT; esto es, información referida a

la declaración anual de operaciones con terceras personas. Como se ha indicado anteriormente, quienes apliquen obligatoria u optativamente el sistema de llevanza electrónica de facturas no están obligados a presentar los modelos de declaraciones informativas 340 y 347, si bien se establece la posibilidad de que determinados datos que debían figurar en esta declaración resulten de suministro obligatorio a través de este sistema de registro de facturas. Así, debe tenerse en cuenta que en la declaración informativa modelo 347 se consignarán determinadas operaciones por las que no existe obligación de emitir factura, como es el caso de las subvenciones y podría resultar obligatoria suministrar la información referida a estas operaciones a través del sistema de llevanza electrónica del libro registro de facturas expedidas.

La información a suministrar es la siguiente (contenida en los arts. 34.1, letras d), e), f), g) y h), respecto del modelo 347; y el art. 36.2, letra b) respecto del modelo 340, ambos preceptos del RGIT):

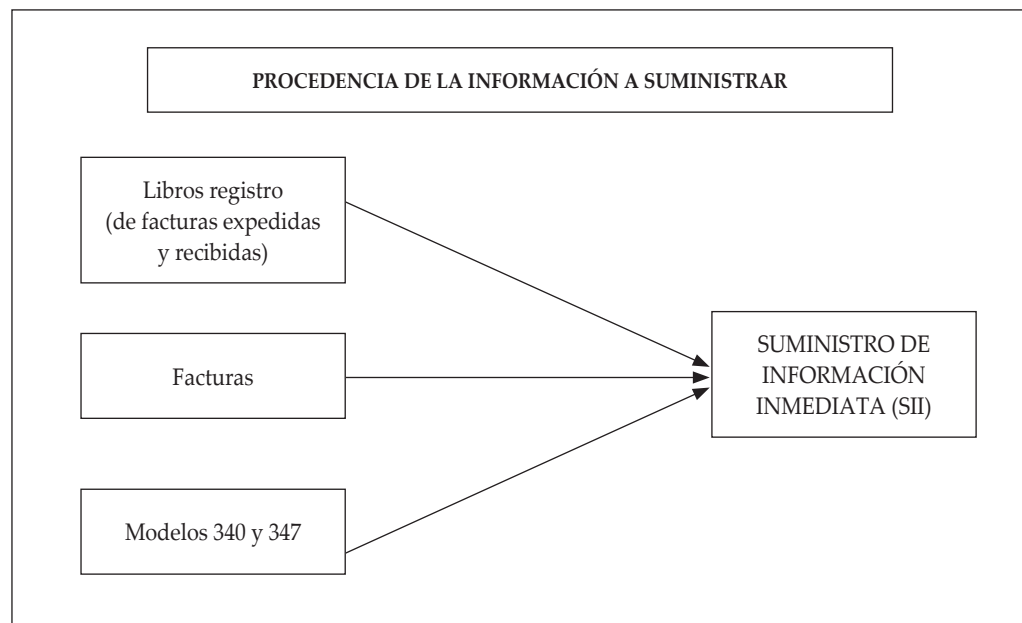
- a) Las agencias de viajes deberán identificar las facturas que documenten las prestaciones de servicios en cuya contratación intervengan como mediadoras en nombre y por cuenta ajena que cumplan con los requisitos a que se refiere la disposición adicional cuarta del REFA.
- b) Identificación de las facturas emitidas por operaciones de arrendamiento de locales de negocios. En el caso de que el arrendamiento no estuviese sometido a retención deberá informarse de las referencias catastrales y los datos necesarios para la localización de los inmuebles arrendados.
- c) Identificación de los cobros por cuenta de terceros de honorarios profesionales o de derechos derivados de la propiedad intelectual, industrial, de autor u otros por cuenta de sus socios, asociados o colegiados efectuados por sociedades, asociaciones, colegios profesionales u otras entidades que, entre sus funciones, realicen las de cobro.
- d) Importes que se perciban en contraprestación por transmisiones de inmuebles, efectuadas o que se deban efectuar, que constituyan entregas sujetas en el IVA.
- e) Importes superiores a 6.000 euros que se hubieran percibido en metálico durante el ejercicio de una misma persona o entidad.
- f) Las entidades aseguradoras comprendidas deberán informar de las operaciones de seguros en los términos previstos en los artículos 32 c) y 33.1 del RGIT, sin perjuicio del resto de toda la información anterior a la que se ha hecho referencia en este epígrafe para los casos en los que se emitan facturas. Esto es, la información referida en los citados preceptos del RGIT se refiere a todas las operaciones efectuadas, tanto por las que se emitan factura como por aquellas en las que no hay obligación de emitir factura.

Como se ha expuesto a lo largo de este subepígrafe, se recogen de esta forma datos adicionales a aquellos que se hacen constar de acuerdo con el REFA y en el libro que deben llevar quienes no apliquen este sistema de llevanza del mismo (periodo de liquidación en el que se re-

coge cada factura, descripción de las operaciones, etc.), ampliando la información a reflejar en los libros registro, esencialmente respecto de los libros registro de facturas expedidas (y también del libro de facturas recibidas).

Queda con ello reflejo de la finalidad pretendida por el legislador con la introducción de este sistema de llevanza electrónica de los libros, que no es otro que el de obtener una información precisa que le permita tener un control exhaustivo de la actividad realizada por el sujeto pasivo y evitar el fraude en el IVA devengado. Se impone a los empresarios o profesionales el registrar unos datos adicionales a los contenidos en el libro registro (descripción de las operaciones, etc.) y, por tanto, de imponerles una carga adicional. Esta, junto con otras que se especifican en este u otros epígrafes, incide claramente en el esfuerzo que la gestión de este impuesto supone para los empresarios o profesionales, cuando la tendencia del legislador de la UE es precisamente la de simplificar la gestión y reducir la carga que la gestión y el esfuerzo financiero representa en este impuesto. Si bien la lucha contra el fraude es un objetivo que tiene que perseguir la Hacienda pública y merece la introducción de las medidas legislativas precisas para ello, estas deben adecuarse a los principios inherentes a un sistema tributario que en el cumplimiento de las obligaciones formales por parte del obligado tributario tenga en cuenta también los principios generales de este sistema, entre otros el de proporcionalidad y equilibrio entre los derechos y obligaciones de la Administración tributaria y de los obligados tributarios, también en la gestión del impuesto.

Como conclusión, podemos señalar que los datos a suministrar tanto por lo que se refiere a facturas expedidas (como también respecto de las recibidas) pueden proceder:



3.3.3. Asientos resúmenes

La anotación individualizada de las facturas puede sustituirse por la de asientos resúmenes cuando se cumplan las condiciones que se indican en el artículo 63.4 del RIVA; pudiendo igualmente ser válida la anotación de una misma factura en varios asientos correlativos cuando incluya operaciones que tributen a distintos tipos impositivos. Esta posibilidad de sustituir la anotación individualizada por asientos resúmenes tiene como finalidad esencialmente la de agrupar facturas simplificadas sin necesidad de realizar asientos individualizados.

En el caso de asientos resúmenes se harán constar:

- Fecha o periodo en que se hayan expedido.
- Base imponible global correspondiente a cada tipo impositivo.
- Tipos impositivos.
- Cuota global de facturas numeradas correlativamente y expedidas en la misma fecha.
- Números inicial y final de las mismas.
- Si las operaciones se han efectuado conforme al régimen especial del criterio de caja se incluirá la siguiente información: las fechas del cobro, parcial o total, de la operación, con indicación por separado del importe correspondiente, en su caso; e indicación de la cuenta bancaria o del medio de cobro utilizado, que pueda acreditar el cobro parcial o total de la operación.

Se exige, además, el cumplimiento simultáneo de dos condiciones:

- a) Que en las facturas expedidas no sea preceptiva la identificación del destinatario, conforme al REFA. Esto es, se prevé la realización de asientos resúmenes, como se ha indicado, para el supuesto de emisión de facturas simplificadas normales (quedan excluidas de esta posibilidad las facturas ordinarias y las facturas simplificadas cualificadas).
- b) Que el devengo de las operaciones documentadas se haya producido dentro de un mismo mes natural, lo que resulta lógico dado que es este el periodo mínimo de autoliquidación del impuesto.

Los empresarios o profesionales acogidos al sistema de llevanza electrónica podrán aplicar cuanto se acaba de señalar, efectuando asientos resúmenes o anotando una misma factura en asientos correlativos; esto es, este sistema de registro electrónico permite la realización de asientos resúmenes.

De acuerdo con el proyecto de orden de manera específica deberá informarse si el registro de facturación suministrado se corresponde con un asiento resumen de facturas en los términos a los que se refiere el artículo 63.4 del RIVA.

El asiento resumen puede contener facturas con operaciones a distintos tipos impositivos, informándose en un solo registro de la base imponible global correspondiente a cada tipo impositivo y los distintos tipos impositivos.

EJEMPLO 19

Los tiques o facturas simplificadas normales (cualquiera que sea su importe, por ejemplo, por una barra de pan cuyo coste IVA incluido puede ser de 40 céntimos de euro) emitidos por un gran almacén o un hipermercado que debe aplicar este sistema de información, deberá ser tratada informáticamente por la empresa para suministrar la información de esta venta a la AEAT a través del SII, bien de forma individualizada, bien mediante la anotación a través de asientos resúmenes.

Pueden realizarse asientos resúmenes de facturas expedidas correspondientes a operaciones acogidas al régimen especial del criterio de caja, pero teniendo en cuenta el criterio general del devengo (previsto en el art. 75 de la LIVA) y no del específico del régimen. Ello sin perjuicio de que los datos anteriores se complementen con los relativos a los cobros.

3.3.4. Facturas expedidas al amparo de una autorización de simplificación en materia de facturación

En el proyecto de orden se prevén especificaciones singulares respecto de estas facturas. Como sabemos en el artículo 4 del REFA, en su apartado 3, se prevé que el Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT pueda autorizar la expedición de facturas simplificadas, en supuestos distintos a los señalados en los apartados 1 y 2 del citado precepto, cuando las prácticas comerciales o administrativas del sector de actividad de que se trate, o bien las condiciones técnicas de expedición de las facturas dificulten particularmente la inclusión en las mismas de la totalidad de los datos o requisitos previstos en el artículo 6 del REFA.

Asimismo, en el artículo 7.4 se prevé que el mismo órgano administrativo, cuando aprecie que las mismas circunstancias que las expuestas en el párrafo anterior, y recomienden la consignación de menores menciones de las señaladas en el artículo 7.1, 2 y 3, podrá autorizar la expedición de facturas simplificadas que no incluyan las menciones señaladas en los apartados 1, letras a), c), f), g) e i), y 2, siempre que, en los casos de omisión de las menciones a que se refieren las letras f) y g) citadas, se haga constar la cuota tributaria o los datos que permitan calcularla.

Se mantienen además las autorizaciones de simplificación concedidas de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora de la facturación anterior al actual reglamento, esto es, al

amparo del Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, y del Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre.

Se exige en estos casos que los empresarios que apliquen el sistema de SII deban identificar estas facturas, esto es, que se trata de facturas expedidas al amparo de este tipo de autorizaciones, y ello se efectuará bajo las siguientes condiciones:

- Antes del primer envío del registro de facturación correspondiente a una factura expedida bajo estas circunstancias se deberá anexar copia de la autorización en el apartado previsto para aportar documentación complementaria.
- El número de registro obtenido en el envío de la autorización deberá suministrarse en los registros de facturación correspondientes a las facturas emitidas bajo las condiciones acordadas en la misma.

El envío de esta información se suministrará atendiendo al formato y diseño de los mensajes informáticos que consten en la Sede electrónica de la AEAT.

3.3.5. Autorizaciones para sustituir los libros registro por sistema de registro diferentes

Conforme al artículo 62.5 del RIVA el Departamento de Gestión de la AEAT puede autorizar, previas las comprobaciones que estime oportunas, la sustitución de los libros registro por sistemas de registro diferentes, así como la modificación de los requisitos exigidos para las anotaciones registrales, siempre que respondan a la organización administrativa y contable de los empresarios o profesionales o sujetos pasivos y, al mismo tiempo, quede garantizada plenamente la comprobación de sus obligaciones tributarias por el IVA; siendo revocables estas autorizaciones en cualquier momento.

Se prevé en el proyecto de orden que los sujetos pasivos que hayan sido autorizados para realizar estas anotaciones registrales con requisitos diferentes a los generales deberán identificar los registros que se suministran al amparo de este tipo de autorizaciones; cumpliéndose las dos condiciones que se han expuesto en el subepígrafe anterior y la forma de envío de la información.

3.3.6. Operaciones singulares a anotar en el libro registro de facturas expedidas

Debe tenerse en cuenta la problemática que suscitan algunas operaciones concretas.

- a) En el caso de entregas intracomunitarias de bienes la fecha de emisión de la factura, como regla general, se hace coincidir con la del devengo, y ello incide directamente en el plazo para suministrar la información. En el artículo 75.Uno.7.º y 8.º de la LIVA se prevén las reglas del devengo para estas operaciones. Conforme a la

regla general el devengo se produce el día 15 del mes siguiente a aquel en que se inicie la expedición o el transporte de los bienes con destino al adquirente, aunque si con anterioridad a la citada fecha se hubiera expedido factura por dichas operaciones, el devengo tendrá lugar en la fecha de expedición de la factura.

En la información a suministrar deberemos tener en cuenta que la factura se anota en el libro registro de facturas expedidas, haciendo constar el NIF a efectos de IVA suministrado por el destinatario. Al ofrecer ya información sobre el Estado de destino (el citado NIF ofrece ya esta información) no será necesario suministrar dato alguno relativo al país del destinatario. Nos encontraremos ante operaciones exentas (del art. 25 de la LIVA) y por tanto deberá ofrecerse el dato relativo a la base imponible, pero no al tipo impositivo y a la cuota.

EJEMPLO 20

Un empresario, que debe llevar los libros registro a través de la Sede electrónica de la AEAT, establecido en Teruel (Aragón), transmite una maquinaria industrial a un empresario establecido en Oporto (Portugal) por importe de 300.000 euros, estando la operación sujeta y exenta de IVA. El transporte se inicia el día 17 de junio de 20X1, llegando a su destino la mercancía el 18 de junio. La factura es expedida el día 14 de julio de 20X1.

En este caso, siguiendo las reglas del devengo que vienen recogidas en el artículo 75.Uno.8.º de la LIVA, con independencia de cuándo se ha iniciado y finalizado el transporte y de cuándo los bienes se han puesto a disposición del adquirente, el devengo de la operación tiene lugar el 14 de julio de 20X1, por lo que la operación debe declararse en la autoliquidación correspondiente a este mes, como entrega intracomunitaria de bienes (se declara exclusivamente la base imponible de 300.000 euros en la página 3 del modelo de autoliquidación). Esta autoliquidación deberá presentarse hasta el día 30 de agosto.

Por tanto, en este caso el plazo para suministrar la información concluirá el día 18 de julio de 20X1, si bien se tiene que tener en cuenta que se excluirán los sábados, domingos y festivos nacionales.

- b) Respecto de las exportaciones de bienes u operaciones asimiladas debe emitirse factura teniendo en cuenta que estamos ante una operación exenta del artículo 21 de la LIVA o preceptos siguientes, por lo que, al igual que en el caso anterior, se deberá hacer constar la base imponible pero no el tipo impositivo y la cuota, identificando al destinatario y el país de destino.
- c) Mayor complejidad puede resultar de las operaciones realizadas por empresarios o profesionales establecidos en el territorio de aplicación del impuesto y respecto de

las que se produzca la inversión del sujeto pasivo, ya que pueden acaecer diversas circunstancias:

- En el caso de que ambas partes, proveedor o prestador y destinatario, radiquen en el territorio de aplicación del impuesto y tenga lugar la regla de inversión del sujeto pasivo por cualquiera de las causas previstas en el artículo 84.Uno.2.º, letras b) a g), estaremos ante operaciones sujetas, no exentas, pero respecto de las que se produce la inversión del sujeto pasivo. En la factura deberá figurar la correspondiente mención «inversión del sujeto pasivo», sin hacer constar tipo impositivo y cuota. La información a suministrar comprenderá, por tanto, estos datos.

El proveedor o el prestador declarará la operación en el libro registro de facturas expedidas (sin especificar tipo impositivo, siendo la cuota repercutida de «0» euros) y el destinatario la consignará en el libro registro de facturas recibidas, si bien es ese último el que debe declarar e ingresar el IVA devengado y se deducirá en la medida en que tenga derecho a ello.

- Puede suceder que la operación se localice fuera del territorio de aplicación del impuesto. En este caso, si es fuera del territorio de la Unión, estaremos ante operaciones no sujetas sin más; pero si se localizan en el territorio de otro Estado miembro puede producirse además la inversión del sujeto pasivo prevista un precepto de la respectiva normativa del Estado miembro análogo a nuestro artículo 84.Uno.2.º, letra a), de la LIVA. Estaremos ante operaciones no sujetas debido a la aplicación de las reglas de localización, no debiendo repercutir cuota alguna de IVA, ni figurar tipo impositivo alguno, por lo que también deberán reflejarse estas circunstancias en la información a suministrar.

EJEMPLO 21

Una sociedad mercantil establecida exclusivamente en el territorio de aplicación del impuesto dedicada al asesoramiento fiscal, contable y mercantil emite un dictamen a una sociedad mercantil establecida en Francia.

Estamos ante una prestación de servicios que, por la regla de localización general de estas operaciones prevista en el artículo 69.Uno.1.º de la LIVA, tributará en Francia. Estaremos, por tanto, ante una operación no sujeta en el territorio de aplicación del impuesto, debiendo emitir factura sin repercusión de cuota alguna. En Francia será sujeto pasivo por inversión el empresario francés, por una regla análoga a nuestro artículo 84.Uno.2.º, letra a).

- d) En los autoconsumos deberemos diferenciar en función de la naturaleza del mismo. Puede ser externo o interno (este último solo sucederá en caso de entregas de bienes asimiladas), y su base imponible se determina de acuerdo con las reglas especiales previstas en el artículo 79.Tres y Cuatro de la LIVA. Asimismo, deberá considerarse cuándo se produce el devengo, pues existen distintas reglas en el artículo 75.Uno.5.º, algunas de ellas de gran complejidad.

En el supuesto de autoconsumos externos de bienes (arts. 9.1, letras a) y b), y 12 de la LIVA) no existen especialidades respecto al contenido de las facturas, por lo que deberemos tener en cuenta las precisiones generales que se han apuntado.

Cuestión distinta es el caso de los autoconsumos internos de bienes del artículo 9.1, letras c) y d) de la LIVA; ya que estamos ante entregas de bienes asimiladas y deben anotarse tanto en el libro registro de facturas expedidas como en el de recibidas, coincidiendo la identificación del emisor de la factura con la del destinatario.

Respecto de estas últimas operaciones debe tenerse en cuenta que el importe de la base imponible se considerará para el cálculo de la prorrata en el caso del autoconsumo previsto en la letra c) que es el autoconsumo por transferencia entre sectores diferenciados, pero no en el supuesto de la letra d) o autoconsumo dentro del mismo sector diferenciado, en cuyo caso se desprecia la operación para calcular el porcentaje de prorrata general.

3.3.7. Otras consideraciones acerca del libro registro de facturas expedidas

Una de las cuestiones que pueden plantearse por el sujeto pasivo es si el IVA devengado incluido en la autoliquidación modelo 303 debe ser coincidente con el suministrado a través de los registros del libro de facturas expedidas.

Si bien pueden coincidir, existen diversos factores o circunstancias que hacen que no tenga que ser así necesariamente, y ello sucede tanto apliquemos o no el sistema de SII. Las circunstancias más importantes son:

- Las operaciones en que el destinatario es el sujeto pasivo por inversión conforme al artículo 84.Uno.2.º de la LIVA. El empresario o profesional destinatario reflejará estas operaciones solo en el libro registro de facturas recibidas, aun cuando tiene que autoliquidar también el IVA devengado.
- Las adquisiciones intracomunitarias de bienes de los artículos 13 a 16 de la LIVA, respecto de las que se producirá la misma operatoria que la expuesta en el punto anterior.
- Algunos supuestos de rectificación de las cuotas repercutidas pueden implicar el aumento del IVA devengado, pero deben declararse en el periodo en que se rea-

lizó la operación, y no en aquel en que se emite la factura rectificativa (es el caso previsto en el art. 89.Cinco, primer párrafo, de la LIVA).

Finalmente, debe advertirse que en el libro registro de facturas expedidas se anotan todas las facturas por operaciones en las que se tenga el deber de emitir las, conforme a lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del Reglamento de facturación.

Ello implica que deban expedirse facturas también por las operaciones no sujetas y las exentas (con las excepciones previstas en el art. 3 del Reglamento de facturación). La referencia a operaciones no sujetas se refiere esencialmente a aquellas que se localizan fuera del territorio de aplicación del impuesto. Respecto de los supuestos de no sujeción previstos en el artículo 7 de la LIVA, en tanto no se realiza el hecho imponible en principio no existirá obligación de expedir factura, aun cuando pueda expedirse cualquier otro documento en el que se plasme la operación (sin perjuicio de que la DGT en alguna ocasión ha venido señalando que respecto de las operaciones de transmisión de empresa recogidas en el art. 7.1 debe emitirse factura).

En cualquier caso deberá suministrarse información en relación con estas circunstancias de no sujeción y de exención.

Ahora bien, existen determinadas operaciones por las que no existe obligación de emitir factura y, por tanto, no se suministrará información a la AEAT. Estos supuestos se recogen en el artículo 3 del REFA. Es lo que ocurre, por ejemplo, con determinadas operaciones financieras previstas en el apartado 3 del citado precepto.

LA EQUIDAD ENTRE NACIONES EN EL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL

Ubaldo González de Frutos

Inspector de Hacienda del Estado

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Álvaro ANTÓN BASANTA, don Diego MARÍN BARNUEVO, don Javier MARTÍN FERNÁNDEZ, don Alberto MONREAL LASHERAS, don Javier SEIJO PÉREZ y don Fernando DE VICENTE BENITO.

EXTRACTO

La fiscalidad internacional ha sufrido una revolución sin precedentes. Motivada por la crisis financiera y bajo la égida de la OCDE y el G20, BEPS y el intercambio automático de información han avanzado un proceso reformista que sigue evolucionando con el estándar del beneficiario efectivo del GAFI, la doctrina de la UE sobre ayudas de Estado, el proyecto de la BICC o escándalos como Lux-Leaks o los Papeles de Panamá. Además, se ha globalizado: la Convención Multilateral de Asistencia Tributaria Mutua concierne a 108 países, el Foro Global a 138, más de 100 elaboraron la Convención de BEPS y el Marco Inclusivo sobre BEPS ya tiene 94 miembros.

En este escenario, complejo y cambiante, la fiscalidad internacional necesita un marco axiomático sólido y consecuente con la movilización de recursos nacionales. Hasta ahora, los principios del sistema se centraban en la eficiencia económica: prevenir la doble imposición para favorecer el comercio y la inversión, garantizando la neutralidad de los sistemas fiscales para una asignación óptima de recursos. Sin embargo, este enfoque ignora la equidad, contrapeso a la eficiencia, relegándola a un segundo plano como algo subjetivo y contingente.

Esta opción no es políticamente aceptable hoy, emergiendo un imperativo ético para solventar los problemas de los países en desarrollo. Estos sufren la erosión de bases y el traslado de beneficios, pero también han cedido voluntariamente capacidad fiscal mediante incentivos y CDI. La soberanía sobre los recursos tributarios que la Asamblea de las Naciones Unidas afirmó en su resolución de 1974 Nuevo Orden Económico Internacional ha quedado muy mermada, y se demanda una acción concertada para revitalizarla y lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible. En este contexto, el presente artículo busca proveer a la política fiscal de un marco teórico para la consecución de la equidad fiscal internacional.

Palabras clave: equidad entre naciones, BEPS, fiscalidad y desarrollo, convenios de doble imposición y precios de transferencia.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 04-01-2017

INTER-NATION EQUITY IN THE INTERNATIONAL TAX SYSTEM

Ubaldo González de Frutos

ABSTRACT

In recent times international tax has evolved at an unprecedented pace. Pushed by the financial crisis and under the aegis of the OECD and the G20, BEPS and Automatic Exchange of Information have launched a reform process which continues driven by the FATF's beneficial ownership standard, EU's State Aid doctrine, CCTB Project, or scandals such as LuxLeaks or the Panama Papers. It has also globalised: The Multilateral Administrative Assistance in Tax Matters Convention has 108 members, the GFTEOI 138, more than 100 have negotiated the Multilateral BEPS Convention, and 94 countries are nowadays members of the Inclusive Framework on BEPS.

In this complex and changing environment international tax needs a solid conceptual framework to support domestic resource mobilisation. So far, its fundamental principles have related mostly to efficiency: prevent double taxation to promote cross-border commerce and investment, looking after the neutrality of tax systems for an optimal resource assignment. However, this approach relegates equity, as opposed to efficiency, leaving it in a secondary position as something subjective and contingent.

This choice is no longer acceptable, and an ethical imperative emerges to solve the problems of developing countries. These suffer from base erosion and profit shifting but have also voluntarily given away some of their revenue potential through tax incentives and DTAs. The sovereignty over tax resources within their borders, which the UN Assembly availed in 1974 (New Economics World Order) has been decimated, and a concerted action is required to revitalise it and achieve the Sustainable Development Goals. In this context, this article offers a theoretical framework to achieve inter-nation tax fairness.

Keywords: inter-nation equity, BEPS, tax and development, double tax conventions and transfer pricing.

Sumario

1. Presentación
 2. Desigualdad entre naciones
 3. La doble dimensión de la equidad fiscal internacional
 4. Raíces históricas
 5. Hacia políticas más inclusivas
 6. Equidad y eficiencia
 7. BEPS y los países en desarrollo
 8. El principio de equidad entre naciones en la fiscalidad internacional
 9. Equidad horizontal y convenios fiscales
 10. ¿Cabe una mayor equidad vertical en el sistema fiscal internacional?
 11. Participación inclusiva y multilateralismo
 12. Las nuevas Directrices de Precios de Transferencia y la equidad
 13. El Informe País por País y la equidad
 14. La fiscalidad unitaria
 15. Conclusiones
- Bibliografía

1. PRESENTACIÓN

En tiempos recientes, las organizaciones internacionales más relevantes en fiscalidad han coincidido en reclamar una mayor equidad para el sistema fiscal internacional. Así, el G20, en la cumbre de Antalya (Turquía) en noviembre de 2015, se impuso la meta de alcanzar «un sistema fiscal justo y moderno a escala mundial»¹ y aprobó en consecuencia los resultados del Proyecto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)². Los ministros de finanzas y gobernadores de bancos centrales del G20, reunidos en Shanghái el 26 y 27 de febrero de 2016, reiteraron la aspiración a la justicia tributaria mundial³. La Directiva Anti-Elusión de la Unión Europea (UE), aprobada el 12 de julio de 2016⁴, en su primer considerando plasma la necesidad de que los sistemas fiscales sean equitativos y recuerda que en junio de 2015 la Comisión Europea publicó un Plan de Acción para un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la UE⁵. También en julio de 2015, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) lanzaron una iniciativa para fortalecer los sistemas fiscales de los países en desarrollo con fundamento en aspiraciones de eficiencia y equidad⁶. Completando este panorama, en septiembre de 2015 la Asamblea General de las Naciones Unidas

¹ «Con el fin de alcanzar un sistema fiscal internacional justo y moderno a escala mundial, apoyamos el paquete de medidas desarrolladas en el marco del ambicioso proyecto del G20 y la OCDE contra la erosión de bases y el traslado de beneficios (BEPS)», en G20: *G20 Leaders' Communiqué. Antalya Summit, 15-16 November 2015* [[enlace](#), consulta 11 de febrero de 2016].

² Proyecto que nació en febrero de 2013 con el informe de la OCDE *Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. París, OECD Publishing, 2013, 103 págs. y siguió con el Plan de Acción: OCDE: *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, París, OECD Publishing, 2014, 49 págs., ISBN 978-92-64-20780-6.

³ «Una amplia, consistente y efectiva implementación del Proyecto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) de la OCDE y el G20 es fundamental para conseguir **un sistema fiscal internacional justo** y moderno. Reiteramos nuestro compromiso con una implementación temporaria del Proyecto BEPS, y seguiremos examinando los temas relativos a BEPS para garantizar la **justicia fiscal** y un terreno de juego equilibrado», párrafo 7 del Communiqué, en *G20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting, Shanghai*, 27 de febrero de 2016 [[enlace](#), consulta 28 de febrero de 2016]). Traducción y negrita del autor.

⁴ Directiva UE 2016/1164 del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

⁵ UE: *Una fiscalidad equitativa: la Comisión presenta nuevas medidas contra la elusión del impuesto sobre sociedades*, Bruselas, 28 de enero de 2016 [[enlace](#), consulta 29 de marzo de 2016].

⁶ FMI: *World Bank and the IMF Launch Joint Initiative to Support Developing Countries in Strengthening Tax Systems*, 10 de julio de 2015 [[enlace](#), consulta 3 de marzo de 2016].

aprobó los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁷, incluyendo en el número 10 la meta de reducir la desigualdad dentro de, y entre, las naciones. La idea es sencilla: reformando la fiscalidad internacional se puede conseguir un mundo más justo.

Podemos definir la equidad fiscal entre naciones como el libre ejercicio por todos los Estados de la potestad que les incumbe para gravar las actividades económicas desarrolladas dentro de su territorio. Esta es una cuestión que obviamente solo surge cuando el inversor es foráneo, pues hay entonces dos soberanías en competencia, la del lugar de la fuente u origen de las rentas, y la del lugar de residencia o destino último de las mismas.

Desde los trabajos de la Sociedad de las Naciones en la década de 1920, se halla bien establecida la costumbre internacional de otorgar al país anfitrión de la inversión extranjera el derecho primario al gravamen, o tributación en la fuente, correspondiendo al país donde reside el inversor una potestad residual, o gravamen en residencia, como también le incumbe la obligación de eliminar la doble imposición. Por otra parte, cuando dos o más Estados acuerdan un convenio de doble imposición (CDI), establecen reglas para distribuir la potestad tributaria de forma que se evite el surgimiento de la doble imposición.

El principio de que los Estados soberanos tienen derecho a gravar las rentas generadas en su territorio, establecido como costumbre internacional y recogido en el Modelo de Convenio de la OCDE, adquirió en los años de la descolonización un reconocimiento solemne por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, especialmente a través de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974⁸, que declara la soberanía sobre los recursos naturales y sobre las actividades económicas de cada territorio, incluyendo por supuesto los aspectos tributarios.

Ahora bien, si el principio de equidad fiscal entre naciones está bien consagrado en el derecho internacional, ¿por qué las organizaciones internacionales reclaman más equidad? La respuesta hay que buscarla en dos fenómenos: por un lado, los Estados en desarrollo ceden voluntariamente una parte de la soberanía que les incumbe mediante incentivos fiscales o mediante CDI, con la finalidad de atraer inversiones extranjeras; por el otro, las prácticas de elusión fiscal vacían de contenido una parte importante de la soberanía tributaria retenida por el Estado.

El primero de esos mecanismos produce un trasvase de ingresos fiscales desde el país en desarrollo al país desarrollado, mientras el segundo genera una fuga de ingresos fiscales desde los dos grupos de Estados (desarrollados y en desarrollo) hacia otros que no exigen impuestos sobre las rentas. Este resultado es inequitativo, especialmente para los países en desarrollo, que son los que más necesitan de los ingresos fiscales.

⁷ ONU: *Objetivos de Desarrollo Sostenible. 17 Objetivos para transformar nuestro mundo* [[enlace](#), consulta 5 de febrero de 2016]. Se trata de un ambicioso proyecto, impulsado por la Asamblea de Naciones Unidas, continuación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio que se extendió entre 2000 y 2015, para solucionar los problemas básicos inherentes al subdesarrollo y al crecimiento desequilibrado.

⁸ Asamblea General, Res. 3281, U.N. 29 Sesión, Sup. n.º 31, U.N. Doc. A/9631 (1974).

En este artículo examinamos las raíces de la inequidad entre naciones y las posibles soluciones para restablecerla y permitir a los países menos favorecidos conseguir los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas.

2. DESIGUALDAD ENTRE NACIONES

Lo cierto es que uno de los daños colaterales de la crisis financiera de 2008 ha sido el incremento de la desigualdad en el mundo, tanto dentro de cada país como entre diferentes países, y ello pese a que se había producido una ligera recuperación en la primera década del milenio gracias al crecimiento de las economías emergentes, fundada tanto en el *boom* de las *commodities* como en las propias políticas encaminadas a conseguir los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que habían extraído a centenares de millones de personas de la pobreza extrema. Unos años después, tras una débil recuperación económica, persisten enormes diferencias⁹ en los ingresos públicos entre países en desarrollo y desarrollados. Mientras los países más avanzados disponen de abundantes recursos públicos (el 41,5% del PIB, como media, en la OCDE), los de rentas bajas tienen una capacidad financiera mucho más precaria (el 18,4% del PIB como media)¹⁰. Muchos países están incluso por debajo del 15% de ingresos públicos que se considera convencionalmente como el mínimo necesario para que el Estado pueda financiar los servicios públicos esenciales¹¹.

Las causas de la escasez de recursos públicos en los países en desarrollo son múltiples¹². De entrada, puesto que en su estructura económica predomina la agricultura, existen más transacciones de autoconsumo y trueque, que son imposibles de gravar. Además, el carácter menesteroso de amplias capas de la población, en la línea de la subsistencia, sitúa a una mayoría por debajo de cualquier umbral mínimo aceptable para la obligación de contribuir. En general, la amplia informalidad de la economía y la debilidad de su sector financiero hacen más fácil ocultar los hechos imponibles al fisco. El sistema legal tiene también carencias, a menudo derivadas de las patologías propias de sistemas políticos cerrados, donde las élites son más accesibles a los grupos de presión.

⁹ La ONU lo describía así: «Muchos países, en particular países en desarrollo, siguen enfrentándose a retos considerables, y algunos han quedado aún más rezagados. En numerosos países las desigualdades han aumentado drásticamente... Si bien la agenda de Monterrey aún no se ha aplicado completamente, han surgido nuevos retos y siguen existiendo enormes necesidades insatisfechas para lograr el desarrollo sostenible» (ONU: *Tercera Conferencia Internacional de Financiación para el Desarrollo*, 13-16 julio 2015, Naciones Unidas, párrafo 4 [[enlace](#), consulta 5 de febrero 2016]).

¹⁰ Datos extraídos de UE: *Tax Revenue Mobilisation in Developing Countries, Issues and Challenges*, abril de 2014 [[enlace](#), consulta 31 de marzo de 2016].

¹¹ La proposición de que el mínimo imprescindible sea el 15% fue realizada por ADAM y BEVAN en 2004 (ADAM, C. y BEVAN, D.: «Fiscal policy design in low-income countries», en ADDISON, T. y ROE, A. (eds.), *Fiscal Policy for development*. Palgrave MacMillan, 2004). El FMI confirmó esta proposición en 2005 (FMI: *Monetary and Fiscal Policy Design issues in Low-Income Countries*, 8 de agosto de 2005, pág. 15 [[enlace](#), consulta 31 de marzo de 2016]) y lo mismo hizo la UE en 2014 (UE: *Tax Revenue Mobilisation... ibidem*).

¹² Véase, por ejemplo, UE: *Tax Revenue Mobilisation... ibidem*, pág. 10.

Por añadidura, las Administraciones fiscales no tienen la potencia de las de los países desarrollados ni en cuanto a conocimiento institucional, ni en el capítulo de medios materiales y humanos. Súmase a ello la inhibición de la fiscalidad que produce la dependencia de la ayuda externa¹³ y la llamada «maldición de los recursos naturales»¹⁴, la fuga de capitales, el desarme arancelario que ha reducido drásticamente la recaudación por el comercio exterior, un recurso que era seguro y fácil de recaudar, o la concesión de vacaciones fiscales y otros generosos incentivos para competir en un mundo globalizado por la inversión exterior, dádivas que finalmente resultan en un vaciamiento de las bases imponibles internacionales. Esta enumeración de factores explica en una buena medida las acusadas diferencias en ingresos entre países desarrollados y en desarrollo, pero en este artículo nos interesa una en concreto: la falta de equidad en el sistema tributario internacional, como ha subrayado el G20, la OCDE, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el FMI y la Comisión Europea, profesores, intelectuales y las Organizaciones no Gubernamentales (ONG)¹⁵.

Emerge, en suma, una preocupación por las carencias del sistema fiscal internacional en el plano de la equidad, lagunas que pueden aparecer tanto desde un enfoque estructural como de su aplicación práctica, y que restringen la capacidad de las Haciendas de los países más desfavorecidos a la hora de movilizar los recursos nacionales. Por un lado, están los Estados, que reaccionan a la carrera a la baja internacional; por otro, las multinacionales, con una actitud demasiadas veces cuestionable¹⁶. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

¹³ La teoría de la «dependencia de la ayuda externa» sostiene que el mantenimiento de un nivel importante de ayuda externa desincentiva el desarrollo de capacidades para la movilización de recursos nacionales por parte de las autoridades del país, generando un círculo vicioso de dependencia. Pese al atractivo intuitivo de esta teoría, los estudios realizados no son concluyentes. Así lo indican el FMI (Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries*, pág. 16 [enlace, consulta 5 de febrero de 2016]) y la OCDE: *Governance, Taxation and Accountability. Issues and Practices*, 2 de abril de 2008, págs. 11-12 [enlace, consulta 5 de febrero de 2016].

¹⁴ La abundancia de recursos naturales fue descrita como una maldición por Richard AUTY en 1993 y desde entonces la, también llamada, «paradoja de la abundancia» designa la tragedia de ciertos países y regiones favorecidos por una abundancia natural de recursos, especialmente yacimientos minerales y petrolíferos, que en cambio, en contra de toda intuición, experimentan menores tasas de crecimiento económico a largo plazo que otros países carentes de esa dote (AUTY, R.: *Sustaining Development in Mineral Economies: The Resource Curse Thesis*, London, Routledge, 1993).

¹⁵ Destacan organizaciones como Christian Aid, Tax Justice Network, Intermon Oxfam o ICRICT, que en la última década han venido denunciando la relación entre desigualdad fiscal internacional y subdesarrollo. Una síntesis de sus posiciones se puede examinar en THE BEPS MONITORING GROUP: *Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project*, 7 de octubre de 2015 [enlace, consulta 6 de marzo de 2016].

¹⁶ Aunque hay que reconocer que son un elemento insustituible en la economía mundial y que su participación en el comercio y la inversión global es fundamental para el desarrollo porque suplen la escasez de fondos financieros internos para la inversión y complementan su débil iniciativa empresarial, crean puestos de trabajo y posibilitan la expansión del conocimiento. La importancia económica de las MNE es insoslayable: las 200 de mayor tamaño totalizan una cifra de ventas equivalente a prácticamente el 30% del PIB mundial. Según la OIT, hasta el 80% de las actividades comerciales mundiales se producen entre grupos multinacionales (OIT: *Involucrar a las empresas multinacionales en la creación de más y mejores empleos*. 2013 [enlace, consulta 16 de febrero de 2016]). En número de grupos, las cifras de las multinacionales son reveladoras: en todo el mundo existen unas 65.000 matrices que controlan aproximadamente 850.000 filiales extranjeras (UNCTAD: *Training Manual on Statistics for FDI and the Operations of TNCs*, Nueva York y Ginebra, 2009 [enlace, consulta 25 de marzo de 2016]).

cuantifica el fraude en 100.000 millones de dólares al año¹⁷, y algunas ONG y estudiosos han ofrecido cifras incluso muy superiores¹⁸. Existe, ciertamente, un importante corpus de investigación sobre la dimensión de la elusión fiscal internacional¹⁹, siendo el más reciente el Informe de la Acción 11 de BEPS, que cuantifica la elusión fiscal internacional en una magnitud de entre el 4% y el 10% de la base imponible del impuesto sobre sociedades en agregado mundial, es decir, entre 100.000 y 240.000 millones de dólares al año. Esta cifra, consistente con la de UNCTAD y algunas estimaciones de las ONG, da una idea de la gigantesca dimensión de este agujero fiscal.

Más allá de las especulaciones sobre la magnitud del fraude, está acreditado que, si los efectos de las estructuras destinadas a producir la erosión de bases y el traslado de beneficios son tan importantes para los países de la OCDE como para haber justificado un proyecto de la magnitud de BEPS²⁰, mucho más lo son para los países en desarrollo, ya que la debilidad de sus marcos legales y la escasa capacidad de sus administraciones fiscales los expone a una planificación fiscal más ambiciosa que permite a las multinacionales eludir sus obligaciones fiscales con mayor facilidad, como sostuvo el Informe de la OCDE al Grupo de Desarrollo del G20 en 2014²¹.

En suma, la aplicación efectiva de las reglas internacionales de fiscalidad es más difícil para los países en desarrollo, y esto ya representa, de por sí, un problema desde el punto de vista de la equidad. Pero queremos ir más allá e indagar también el rol de la equidad a partir del mismo diseño del modelo de tributación para la inversión internacional, abordando por tanto los aspectos de fondo junto a los de aplicación práctica de los estándares y normas vigentes.

¹⁷ UNCTAD: *World Investment Report 2015. Overview*, pág. XVIII [[enlace](#), consulta 5 de abril de 2016].

¹⁸ Por ejemplo, Christian Aid estima que solo en precios de transferencia los países en desarrollo pierden 160.000 millones al año (Christian Aid: *False Profits: Robbing the Poor to Keep the Rich Tax-Free*, 2009 [[enlace](#), consulta 23 de marzo de 2016]). Estos datos hay que tomarlos con prudencia, en opinión de FUEST y REIDEL, este tipo de estudios adolecen de deficiencias metodológicas serias (FUEST, C. y RIEDEL, N.: «Tax Evasion and Tax Avoidance in Developing Countries: The Role of International Profit Shifting», *Oxford University Centre for Business Taxation*, 2010 [[enlace](#), consulta 25 de enero de 2016], pág. 16).

¹⁹ El informe de la Acción 11 del Plan BEPS, que se dedica precisamente a la medición del fraude causado por la planificación fiscal internacional, contiene una excelente recopilación de la literatura existente. El informe además propone un conjunto de indicadores para realizar una medición más fiable de cara al futuro (OCDE: *Measuring and monitoring BEPS. Action 11 Final report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, París, 2015, 268 págs.).

²⁰ Aunque la preocupación por las prácticas abusivas de las multinacionales ya existía antes de BEPS. En palabras de SERRANO ANTÓN: «la preocupación de los Estados por la evasión y el fraude fiscal internacional no es nueva. Desde hace varias décadas, la OCDE viene estudiando y publicando informes sobre el uso indebido de los CDI. Ya en 1977, el Comité de Asuntos Fiscales decidió comenzar un análisis sistemático de esta cuestión...». (SERRANO ANTÓN, F.: «El informe sobre erosión de bases imponibles y traslado de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado», *PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 72, 2014, pág. 49).

²¹ «The lack of effective legislation and gaps in capacity may leave the door open to simpler, but potentially more aggressive, tax avoidance than is typically encountered in developed economies», OCDE: *Part 1 of a report to G20 Development Working Group on the impact of BEPS in low income countries*, 2014 [[enlace](#), consulta 25 de enero de 2016], pág. 4.

3. LA DOBLE DIMENSIÓN DE LA EQUIDAD FISCAL INTERNACIONAL

Abordar el problema de la falta de equidad demanda, en efecto, separar las cuestiones relativas a los elementos estructurales del sistema fiscal internacional²² de los problemas de su aplicación práctica. La capacidad del Estado para gravar las fuentes económicas originadas en su territorio tiene una dimensión jurídico-política, resultante de su legislación interna, sus tratados fiscales y los estándares internacionales de tributación, y otra material, que se construye a partir de la capacidad de la Administración para hacer cumplir la normativa tributaria.

En la primera dimensión, el germen de la desigualdad está en la cesión de potestades fiscales mediante incentivos fiscales o CDI, que favorece a los países exportadores de capital al preferir el criterio de atribución de rentas al país de residencia del inversor en detrimento de la fuente. Sin embargo, los CDI son firmados libremente por los países en desarrollo, en expresión de su libre voluntad soberana, la cual no es sino una manifestación del principio de igualdad entre las naciones. Esta paradoja de que los países en desarrollo transfieran a los desarrollados mediante tratados firmados en pie de igualdad potestades tributarias que necesitarían para allegar recursos revela probablemente defectos del proceso político y reclama una acción coordinada.

Desde la óptica de la aplicación práctica del sistema, la equidad fiscal se identificaría con el cumplimiento eficaz de las leyes y los tratados. Es en esta segunda dimensión cuando acierta el G20 al atribuir al Proyecto BEPS la virtud de reforzar la justicia tributaria²³, porque efectivamente las 15 acciones del Proyecto han de venir a mejorar el cumplimiento de las normas existentes,

²² Alguna doctrina niega que siquiera exista un sistema fiscal internacional como tal. Así GRAETZ (GRAETZ, M. J.: «Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies», en *Tax Law Review*, 54, 261, 1 de enero de 2001 [enlace, consulta 25 de marzo de 2016], pág. 311) o ROSENBLUM (ROSENBLUM, D.: «International Tax Arbitrage and the "International Tax System"», en *Tax Law Review*, n.º 53, 137, 2000). Preferimos la tesis, mayoritaria en la doctrina, que apoya la existencia del sistema, destacando la posición de AVI-YONAH en una monografía sobre el tema (AVI-YONAH, R. S.: «International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime», *Cambridge Tax Law Series*, Cambridge University Press, 2007, págs. 2-4). Para AVI-YONAH existe un sistema fiscal internacional coherente, constituido por el corpus de tratados existentes más la legislación interna de cada uno de los países. Dicho corpus pertenecería, sigue AVI-YONAH, al derecho internacional público, tanto positivo como consuetudinario, lo que significa no solo que el sistema existe, sino que además tiene una fuerza normativa que restringe la soberanía de los Estados a la hora de pactar convenios, pues han de respetar unas normas mínimas aceptadas como costumbre internacional. Esta posición ha sido defendida también por autores como RING (RING, D.: «Prospects for a Multilateral Tax Treaty», en *Brooklyn Journal of International Law*, 26, n.º 4, 2001, págs. 1.699-1.710) o AULT (AULT, H.: «The importance of international co-operation in forging tax policy», en *Brooklyn Institute of International Law*, n.º 26, 1963, págs. 1.693-1.697).

²³ Véase en nota 3 la referencia a la decisión de los ministros de finanzas y gobernadores de bancos centrales del G20 el 27 de febrero de 2016: «Una amplia, consistente y efectiva implementación del Proyecto BEPS de la OCDE y el G20 es fundamental para conseguir un sistema fiscal internacional justo y moderno. Reiteramos nuestro compromiso con una implementación temporaria del Proyecto BEPS, y seguiremos examinando los temas relativos a BEPS para garantizar la justicia fiscal y un terreno de juego equilibrado».

aunque esta visión de la justicia contributiva que caracteriza al Proyecto BEPS²⁴, relativamente estrecha, ignora el problema de las cesiones de soberanía mediante los tratados y la posible existencia de fallos del sistema político internacional.

Un poco más comprehensiva es la declaración de la Comisión Europea sobre la reforma del impuesto sobre sociedades a nivel europeo cuando reclama un sistema fiscal societario más justo y eficiente²⁵, porque la UE trasciende la cuestión de la aplicación equitativa para perseguir una asignación más justa de las responsabilidades tributarias sobre las multinacionales.

El pronunciamiento más claro en favor de la equidad internacional, aunque no limitada estrictamente a la materia tributaria, es el Objetivo número 10 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, aprobados el 27 de septiembre de 2015, que fija el principio de equidad entre naciones no ya como un principio ordenador de las relaciones internacionales, sino incluso como un objetivo a alcanzar durante los próximos tres lustros.

Tal como existe una dimensión teórica y otra práctica, existe también una dimensión horizontal y otra vertical. Esta distinción, muy conocida en tributación interna, plantea una diferencia entre tratados entre pares de países con economías parecidas (también llamados «tratados homogéneos») y tratados entre países desarrollados y en desarrollo, o tratados heterogéneos. En esta dimensión de la equidad la cuestión que surge es si es equitativo que un país dispense el mismo tratamiento a un país en desarrollo que a otro desarrollado, y en consecuencia si cabe aplicar el principio de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Esta acción correctora o función redistributiva, que es un elemento natural de todos los sistemas fiscales del mundo, está en cambio ausente del sistema fiscal internacional. Volveremos más adelante sobre este punto.

²⁴ El Proyecto BEPS fue consciente del desequilibrio en las potestades impositivas pero prefirió posponer el debate entre residencia y fuente y la distribución de las potestades impositivas. El Informe BEPS dice: «En el cambiante entorno de la imposición internacional, **una serie de países han expresado su preocupación por el modo en que los estándares internacionales en que se basan los tratados bilaterales distribuyen las potestades impositivas entre los países de la fuente y de residencia.** Este Plan de acción se centra en solucionar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Aunque las acciones para combatir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios restaurarán la imposición tanto en la fuente como en la residencia en una serie de casos en que, de otro modo, los ingresos transfronterizos quedarían sin gravar o lo estarían con muy baja imposición, **estas acciones no están directamente dirigidas a cambiar los estándares internacionales actuales sobre la distribución de las potestades impositivas respecto de los ingresos transfronterizos.** OCDE. *Plan de acción...*, *ibidem*, 2014, pág. 13. Las negritas son nuestras.

²⁵ «En la actualidad, la prioridad de la UE es promover un crecimiento sostenible y la inversión en un mercado único más justo y más profundo. **Europa necesita un marco para una imposición justa y eficaz** de los beneficios empresariales con el fin de **distribuir las cargas fiscales de manera equitativa**, promover el crecimiento sostenible y la inversión, diversificar las fuentes de financiación de la economía europea y reforzar su competitividad». UE: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: *Un Sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*. Bruselas, 17 de junio de 2015, COM(2015)32 Final (la negrita es nuestra).

4. RAÍCES HISTÓRICAS

Es lugar común en la doctrina el fijar el origen de la fiscalidad internacional en los trabajos de la Sociedad de las Naciones en la década de 1920²⁶, y más precisamente en el informe de 1923 comisionado a los cuatro economistas designados por Estados Unidos, Países Bajos, Reino Unido e Italia²⁷, momento fundacional del sistema fiscal internacional. Partiendo de esto, la primera característica de su origen es que es un marco para democracias liberales de mercado. Más allá, su segunda nota característica es que no se confió a juristas sino a economistas. Estos orígenes marcan una impronta aún visible, pues marcará la personalidad del estándar mundial, más preocupado por principios económicos, sobre todo la eficiencia en sus dos versiones de neutralidad en la exportación de capitales y neutralidad en la importación de capitales, sin espacio para principios político-jurídicos, como la equidad, que todavía hoy siguen virtualmente ausentes.

5. HACIA POLÍTICAS MÁS INCLUSIVAS

En el mundo actual, globalizado y diverso, los problemas políticos han de resolverse mediante un diálogo inclusivo e instituciones participativas, y esta es la evolución a que está asistiendo hoy la fiscalidad internacional, visible sobre todo en la extensión del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE mediante el Marco Inclusivo de BEPS, que ya cuenta con 94 miembros²⁸ y en un fortalecimiento del Comité de Expertos de Naciones Unidas²⁹.

La progresión en el aumento del número de actores en el diálogo multilateral sobre fiscalidad ha sido ciertamente notoria. Si entre 1923 y 2013 la progresión fue aritmética, pasando de los 4 países iniciales a 34³⁰, en los dos últimos años la progresión ha sido geométrica. Cuando em-

²⁶ Aunque GRAETZ lo retrotrae a la Ley de 1919 en que se introduce la deducción por doble imposición internacional en el *Income Tax* norteamericano. (GRAETZ, M. J.: «The "Original Intent" of US International Taxation», en *Faculty Scholarship Services*, vol. 46, 1997 [enlace, consulta 15 de enero de 2016], pág. 1.034).

²⁷ El profesor Edwin R.A. Seligman, de los Estados Unidos, Sir Josiah Stamp, del Reino Unido, el profesor G. W. J. Bruins, de los Países Bajos, y el profesor Luigi Einaudi de Italia. (Véase GRAETZ, M. J.: «The "Original Intent"(...)», *ibidem*, pág. 1.074).

²⁸ Véase <http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>, consulta 12 de diciembre de 2016.

²⁹ «Ponemos de relieve la importancia de que haya una cooperación y un diálogo inclusivos entre las autoridades fiscales nacionales sobre cuestiones internacionales de tributación. A este respecto, acogemos favorablemente la labor del Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación, incluidos sus subcomités. Hemos decidido que trabajaremos para reforzar aún más sus recursos con miras a que crezca su efectividad y capacidad operacional», (ONU: *Tercera Conferencia Internacional...*, 2015, *ibidem*, párrafo 29).

³⁰ De los cuatro países implicados en el informe de 1923 se pasó a siete en el Informe de 1925 y posteriormente a trece, que fueron los redactores del primer Modelo de Convenio para prevenir la doble imposición en 1928 y pasaron luego a integrar el Comité Fiscal Permanente de la Sociedad de las Naciones. Tras varios modelos sucesivos por parte de la Sociedad de las Naciones, el modelo de convenio se retomó por la Organización para la Cooperación y Seguridad

pezó el Proyecto BEPS en 2013 los miembros del Comité de Asuntos Fiscales eran 34. Enseguida se incluyó como asociados a los países emergentes del G20³¹, y a los candidatos al ingreso a la OCDE, pasando a 44. En 2014, conscientes de la necesidad de implicar a los países en desarrollo en el diálogo sobre los estándares mundiales de fiscalidad, la OCDE invitó a 14 países más, llegando hasta 58. El paso siguiente fue constituir en 2015 el Grupo Ad Hoc para redactar el Instrumento Multilateral para modificar los tratados existentes, en el cual participaron casi 100 países y jurisdicciones³², y en junio de 2016 se creó el Marco Inclusivo para la Implementación de BEPS, comisionado por el G20 en Shanghái en febrero de 2016³³, un foro abierto a todos los países interesados en contribuir al diálogo para paliar el problema de la elusión fiscal internacional.

Esta pujante multilateralidad³⁴ es un reflejo del progreso de la sociedad internacional, aunque plantea cuestiones en dos órdenes: la institucionalidad y el objeto del diálogo político, es decir, el *quién* y el *qué*, estando ambos planos íntimamente relacionados³⁵. En el primero, la multilateralidad se está imponiendo de modo pragmático, lejos de planteamientos maximalistas como el que en su día se sugirió de crear una Organización Internacional de la Fiscalidad³⁶, y que hasta ahora no ha conseguido aglutinar suficiente capital político como para transformarse en una propuesta viable.

en Europa, antecedente de la OCDE. El modelo de 1963, ya liderado por la OCDE, fue acordado por 20 países, y el de 1977 por 24. Véase GRAETZ, M. J.: «The "Original Intent"...», 1997, *ibidem*, págs. 1.081-1.082.

- ³¹ Los 8 miembros del G20 que no son simultáneamente miembros de la OCDE: Arabia Saudí, Argentina, Brasil, China, India, Indonesia, Rusia y Sudáfrica.
- ³² Alemania, Andorra, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bangladés Barbados, Bélgica, Benín, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Bután, Camerún, Canadá, Chile, China (República Popular), Chipre, Colombia, Corea, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guatemala, Haití, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Islandia, Islas Marshall, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kazajistán, Letonia, Líbano, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malasia, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Moldavia, Mongolia, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Paquistán, Polonia, Portugal, Qatar, Reino Unido, República Checa, República Dominicana, Rumanía, Rusia, San Marino, Senegal, Serbia, Singapur, Sri Lanka, Suazilandia Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Tanzania, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Vietnam, Zambia y Zimbabue. (OCDE: *Multilateral instrument for BEPS tax treaty measures: the Ad hoc Group* [enlace](#), consulta 2 de abril de 2016).
- ³³ G20: *Communiqué. G20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting in Shanghai*, 27 de febrero de 2016 [en línea, disponible en este [enlace](#), consulta 28 de febrero de 2016].
- ³⁴ El G20 también ha identificado la multilateralidad como uno de los rasgos característicos de la situación política de los últimos años: «Pese a los riesgos a los que nos enfrentamos nacionalmente, estamos de acuerdo en que el multilateralismo tiene una importancia aún mayor en la situación actual y sigue siendo nuestro mejor recurso para resolver los problemas de la economía mundial» (G20, *Declaración de Los Cabos*, México 2012).
- ³⁵ Como anticipó THURONYI cuando en 2001 propuso que se celebrara un acuerdo multilateral sobre fiscalidad. Para abordar las dificultades de la acción colectiva, THURONYI propuso una solución transaccional para desbloquear el debate porque, para él, el meollo no estaba tanto en el contenido como en el proceso (THURONYI, V.: «International Tax Co-operation and a Multilateral Treaty», en *Brooklin Journal of International Tax Law*, n.º 26, 1641, 2001).
- ³⁶ En los primeros años del 2000, el Panel de Alto Nivel de Naciones Unidas, bajo el mandato del expresidente mejicano Ernesto Zedillo, convocado para preparar la Conferencia de Monterrey sobre Financiación para el Desarrollo, propuso la

La segunda cuestión, es decir, el ámbito objetivo de la nueva multilateralidad, nos enfrenta de nuevo a una respuesta pragmática: el Marco Inclusivo de la OCDE liderará la puesta en práctica de las reformas a los estándares mundiales de fiscalidad llevada a cabo en el seno del Proyecto BEPS y aprobados por el G20 en noviembre de 2015, mientras el Comité de Expertos de Naciones Unidas se dedicará a un indeterminado «examen intergubernamental de las cuestiones fiscales», aunque este último, con solo dos reuniones al año y con recursos financieros limitados³⁷, tiene posibilidades más bien limitadas de inquietar el liderazgo de la OCDE en la materia.

Ambos elementos, el qué y el quién, son clave en el progreso hacia la equidad internacional, porque la incorporación de más países al diálogo político sobre el sistema fiscal internacional debería incrementar su equidad, tanto en el plano de la atribución de potestades tributarias como en el efectivo ejercicio de las mismas por parte de los países menos desarrollados.

6. EQUIDAD Y EFICIENCIA

La creciente reclamación de mayor equidad por las organizaciones internacionales es importante porque la eficiencia era hasta ahora el único principio fundamental en fiscalidad internacional, ignorando a la equidad, cuyo marco natural se ceñía a la fiscalidad nacional³⁸. Efectivamente, si los sistemas tributarios nacionales se estructuran en torno a una combinación de dos principios básicos: eficiencia y equidad, sin perder de vista el objetivo de la suficiencia recaudatoria³⁹, en el derecho fiscal internacional la equidad ha estado ausente. La eficiencia busca paliar los efectos distorsionadores de los tributos, que limitan el crecimiento al modificar las preferencias de consumo

creación de una Organización Internacional de la Fiscalidad que se ocupase de cuestiones como el desarrollo de procedimientos para el arbitraje, el intercambio de información, la recopilación de estadísticas o la vigilancia de las tendencias de fraude internacional. (ONU: *International cooperation in tax matters. Report of the Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation on the Work of its Eleventh Meeting*. United Nations, Nueva York, 2005. ISBN 92-1-159101-5, pág. 4). Esta propuesta, sin embargo, nunca llegó a discutirse en Monterrey en 2002 (ONU: Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de 2002, Naciones Unidas, A/CONF.198/11, 2002 [[enlace](#), consulta 5 de febrero de 2016]).

³⁷ Para el acuerdo de reforzar el Comité de Expertos Nacionales de Naciones Unidas, véase ONU: *Tercera Conferencia Internacional...*, 2015, *ibidem*, párrafo 29.

³⁸ Escribe GRAETZ a propósito de la preeminencia del principio económico de la eficiencia en detrimento del de equidad: «Hemos estado cegados por nuestra adherencia a principios inadecuados y seguimos casados con conceptos pasados de moda», en GRAETZ, M. J.: «Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies», en *Tax Law Review*, 54, 261, 1 de enero de 2001, 77 págs. [[enlace](#), consulta 25 de enero de 2016], pág. 269. Traducción del autor.

³⁹ Como recordaba recientemente M. LAGARES en un ensayo periodístico: «Un sistema impositivo debe fundamentarse en la suficiencia de sus recaudaciones, en su eficiencia para no obstaculizar el crecimiento y en la equidad del conjunto de sus componentes». (LAGARES, M.: «Un sistema impositivo adecuado», *El Mundo*, martes 16 de febrero de 2016, pág. 6). La eficacia y la justicia son elementos comunes en la descripción de un sistema tributario desde que en 1776 Adam SMITH escribiera en la *Riqueza de las Naciones*: «equal and fair treatment for all, certainty, no arbitrariness and efficiency of collection».

e inversión de los ciudadanos. La equidad, por su parte, procura la mejora de la justicia social, y tiene tal importancia en los sistemas fiscales nacionales que BIRD y ZOLT han llegado a identificarla con la verdadera esencia de la imposición⁴⁰. Sin llegar tan lejos, es cierto que toda reforma fiscal se debate entre posiciones ideológicas que intentan maximizar, ora la eficiencia, ora la equidad.

Sin embargo, este dogma no se ha considerado en el sistema fiscal internacional al menos hasta que la globalización y, sobre todo, la crisis financiera de 2008, llevara a las Haciendas a buscar yacimientos nuevos de recursos tributarios, y con ello a volver la mirada hacia los abusos de algunas multinacionales⁴¹ a la hora del cumplimiento tributario, alumbrando el Proyecto BEPS de la OCDE y el G20.

Uno de los argumentos esgrimidos por el Proyecto BEPS para rectificar los abusos de esas multinacionales ha sido la equidad intersubjetiva: el acceso al apoyo legal para llevar a cabo prácticas de planificación abusiva es sofisticado y requiere recursos económicos y una implantación en varios países, lo cual deja en peor condición a las sociedades exclusivamente nacionales, engendra cuestiones de competencia y conlleva una distribución inequitativa de la carga tributaria a través de otras figuras impositivas⁴².

Así, el mayor valor del Proyecto BEPS es el del aldabonazo en la conciencia de los mandatarios del G20⁴³ para remediar un sistema que, aunque no estaba totalmente privado de elementos de equidad⁴⁴, en cambio no daba a la equidad la preeminencia de principio constitutivo, lugar que solo ocupa la eficiencia en sus dos versiones de neutralidad en la exportación de capitales y neutralidad en la importación de capitales.

⁴⁰ Para BIRD y ZOLT, si los Estados quisieran podrían financiarse simplemente emitiendo moneda, por tanto la verdadera esencia de la imposición es la justicia social (BIRD, R. M. y ZOLT, E. M.: «Introduction to Tax Policy Design and Development», *The World Bank*, abril de 2003, pág. 15).

⁴¹ En palabras del Informe BEPS de la OCDE: «Varios indicadores muestran que las prácticas tributarias de algunas empresas multinacionales se están volviendo más agresivas con el transcurso del tiempo, lo que plantea graves problemas de cumplimiento tributario y equidad», en OCDE: *Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*, París, OECD Publishing, 2013, pág. 9.

⁴² Puede decirse que la preocupación por los efectos de la equidad es uno de los motores del Proyecto BEPS. El Informe de 2013 sobre BEPS comienza mencionándolo en su enunciado inicial: «La erosión de bases imponibles constituye un grave riesgo para los ingresos tributarios, la soberanía fiscal y la equidad tributaria, tanto de los Estados miembros de la OCDE como de los no miembros», *ibidem*, pág. 7.

⁴³ Así, por ejemplo, La autodenominada Comisión Internacional para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades afirma: «The G20/OECD BEPS project is a step in the right direction. It is a welcomed development and clearly has made progress that would have been thought of as impossible just five years ago», Independent Commission on the Reform of International Corporate Taxation, ICRIT: Evaluation of the Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation for the Base Erosion and Profit-Shifting Project of the G20 and OECD», octubre 2015 [enlace](#), consulta 11 de febrero de 2016] (la negrita es nuestra).

⁴⁴ Por ejemplo, el principio de no discriminación está consagrado en los tratados internacionales desde el primer modelo en 1928.

7. BEPS Y LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Es en este escenario, al introducir la ecuación entre la fiscalidad y el desarrollo, donde la falta de equidad en el sistema adquiere mayor relevancia. Las prácticas abusivas de las multinacionales, que a partir de 2013 han venido a designarse bajo el acrónimo BEPS, logran efectivamente convertir los beneficios de las multinacionales en rentas apátridas⁴⁵ trasvasándolas artificioosamente desde las jurisdicciones donde se han generado a otras donde la tributación, de producirse, lo hace a tipos efectivos muy reducidos o prácticamente nulos. Es decir, las disfunciones en el sistema tributario internacional limitan la recaudación agregada total porque facilitan que una parte importante de los beneficios se remanse en jurisdicciones o regímenes de escasa o nula tributación y, junto a ello, las reglas de asignación de la jurisdicción tributaria o potestad impositiva, esencialmente la preeminencia del principio de residencia, aparecen sesgadas hacia los países desarrollados que las han creado.

La conjunción de los dos efectos supone efectivamente una rémora para el desarrollo, máxime cuando la última crisis financiera puso de manifiesto la importancia de la fiscalidad como principal fuente de financiación para el desarrollo. Así es: si la primera Conferencia Internacional de Financiación para el Desarrollo, celebrada en Monterrey en 2002⁴⁶, señaló el objetivo de situar la ayuda oficial al desarrollo en el 0,7 % del PIB y la condonación de la deuda a los países más pobres, la conferencia de Doha de 2008⁴⁷ se centró en la ayuda al desarrollo, las remesas, la inversión extranjera directa y la movilización de recursos nacionales. Ahora bien, la crisis financiera global posterior dejó en evidencia cuán volátil es la ayuda extranjera como recurso, y por eso en la conferencia de la de Addis Abeba de 2015⁴⁸ emergió con absoluta claridad la necesidad de que los países en desarrollo profundicen sus estructuras fiscales. En este contexto, la importancia del Proyecto BEPS supuso primero una toma de conciencia y después la producción de nuevos estándares que avanzan en este debate sobre fiscalidad y desarrollo.

Los términos «erosión de bases y traslado de beneficios» se han consagrado⁴⁹ para designar la elusión fiscal internacional, incluso en referencia a los países en desarrollo. La primera vez que

⁴⁵ El concepto de «rentas apátridas» (*stateless income*) proviene de KLEINBARD: Las rentas se canalizan por las multinacionales hacia territorios que no son ni el país de la fuente ni el de residencia de la matriz, sino terceros Estados con mínima tributación. Este fenómeno ha granjeado a estas rentas el apelativo de «rentas apátridas». Véase KLEINBARD, E.: «Stateless Income, a Challenge to Tax Policy», en *Tax Notes*, parte 1 del artículo de 5 de septiembre de 201 [enlace] y parte 2 de 12 de noviembre de 2012 [enlace], consulta en 3 de enero de 2016.

⁴⁶ ONU: *Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de 2002*, Naciones Unidas, A/CONF.198/11 [enlace, consulta 5 de febrero de 2016].

⁴⁷ ONU: *Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de 2008*, Naciones Unidas, A/CONF.212/L.1/Rev.1 [enlace, consulta 5 de febrero de 2016].

⁴⁸ ONU: *Tercera Conferencia Internacional de Financiación para el Desarrollo. Agenda de Acción de Addis Abeba*. 13-16 julio 2015. Naciones Unidas, A/CONF.227/L.1 [enlace, consulta 5 de febrero de 2016].

⁴⁹ El G7 ya en 1996 incluyó el concepto «*base erosion*» en el Comunicado de la Cumbre de Lyon en 1996: «... globalisation is creating new challenges in the field of tax policy. Tax schemes aimed at attracting financial and other

se examinan los efectos de BEPS en los países en desarrollo es en julio de 2014, cuando la OCDE publica el Informe para el Grupo de Desarrollo del G20 sobre el impacto de BEPS para los países de rentas más bajas⁵⁰. Más recientemente, en la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Financiación para el Desarrollo de Addis Abeba, los efectos de BEPS sobre los países en desarrollo fueron uno de los temas centrales por su impacto sobre la movilización de recursos nacionales. El tema que aborda este artículo es, por consiguiente, de candente actualidad, y sigue una línea donde destacan las contribuciones de Fuest y Riedel en 2010⁵¹, el FMI en 2011⁵² y la Unión Europea en 2014⁵³. También se apoya en los trabajos del Grupo de Desarrollo del G20, que en 2010 encomendó a la OCDE, el FMI, la ONU y el Banco Mundial que describiesen los problemas de la hacienda del desarrollo para, conociendo su especificidad, poner en marcha una estrategia para resolverlos⁵⁴.

Por consiguiente, la participación de los países en desarrollo en el diálogo político mundial sobre fiscalidad es muy reciente. En 2014, inspirada por el G20, la OCDE lanzó una estrategia para integrar a los países en vías de desarrollo en el Proyecto BEPS mediante tres pilares: la participación directa de un cierto número de países en desarrollo en los trabajos de redacción de los nuevos estándares de fiscalidad internacional, la integración de las organizaciones regionales (CIAT, ATAF y CREDAF) en estos menesteres y el desarrollo de la capacidad de sus administraciones⁵⁵. Esta estrategia se culmina, por ahora, con el Marco Inclusivo para la Implementación de BEPS que el G20 encomendó desarrollar a la OCDE⁵⁶.

geographically mobile activities can create harmful tax competition between States, carrying risks of distorting trade and investment and could **lead to the erosion of national tax bases**» (G7: *Economic Communiqué: Making a Success of Globalization for the Benefit of All*. Lyon, Francia, 28 de junio de 1996, párrafo 16). La propia OCDE utilizó una formulación muy próxima en 1998, en el párrafo 23 del informe *Harmful Tax Competition, an Emerging Global Issue*: «As discussed in detail below, these schemes can **erode national tax bases** of other countries, may alter the structure of taxation (**by shifting part of the tax burden** from mobile to relatively immobile factors and from income to consumption) and may hamper the application of progressive tax rates and the achievement of redistributive goals». OCDE: *Harmful Tax Competition, an Emerging Global Issue*, París, OECD Publishing, 1998, pág. 14 [[enlace](#), consulta 23 de marzo de 2016]. Las negritas son nuestras.

⁵⁰ OCDE: *Part 1 of a report...*, *ibidem*, 2014.

⁵¹ FUEST, C. y RIEDEL, N.: «Tax Evasion...», 2010, *ibidem*.

⁵² FMI: Fiscal Affairs Department: *Revenue mobilisation in developing countries* [[enlace](#), consulta 25 de enero de 2016].

⁵³ UE: *Tax Revenue Mobilisation in Developing Countries, Issues and Challenges*, abril 2014 [[enlace](#), consulta 31 de marzo de 2016].

⁵⁴ FMI, OCDE, ONU y Banco Mundial: «Supporting the Development of More Effective Tax Systems: A Report to the G20 Development Working Group», 2011 [[enlace](#), consulta 1 de enero de 2016].

⁵⁵ Los impuestos son un elemento fundamental en la promoción del desarrollo sostenible, pero los países en desarrollo se enfrentan a grandes dificultades cuando se trata de desarrollar las capacidades de su aparato fiscal y de movilizar los recursos nacionales. Es por ello **especialmente importante incluir a los países en desarrollo dentro de los debates sobre la fiscalidad internacional, incluso en el proyecto BEPS**, para garantizar que reciben el apoyo necesario para que puedan afrontar sus retos específicos. Véase OCDE: El proyecto BEPS y los países en desarrollo: de las consultas a la participación [[enlace](#), consulta 20 de marzo de 2015].

⁵⁶ G20: *G20 Leaders' Communiqué. Antalya Summit*, 15-16 noviembre 2015 [[enlace](#), consulta 11 de febrero de 2016].

8. EL PRINCIPIO DE EQUIDAD ENTRE NACIONES EN LA FISCALIDAD INTERNACIONAL

La importancia de la equidad entre naciones es un argumento que no necesita demasiada argumentación, aunque es difícil anclarlo en textos legales. En el derecho nacional el principio de equidad está claramente establecido en la Constitución⁵⁷ y la Ley General Tributaria⁵⁸, que lo consagran junto a otros principios ordenadores (capacidad económica, justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad), y principios de aplicación (proporcionalidad, la eficacia, la limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios). En el derecho fiscal internacional, sin embargo, no existe un texto único, equivalente a la Constitución mundial, que enumere los principios de la relación entre naciones⁵⁹. Lo que sí existe es una serie de resoluciones específicas de la Asamblea General de las Naciones Unidas que veremos a continuación.

La elaboración del principio de equidad fiscal internacional comienza con la descolonización. Como ha señalado Andrew GUZMAN⁶⁰, cuando las antiguas colonias devienen Estados soberanos, estos muestran su propia filosofía, y esta se convierte en un elemento importante en la configuración del derecho internacional público a través de los tratados y la costumbre internacional. Las naciones que acaban de emanciparse se aplican a afirmar su igualdad soberana y así, entre 1962 y 1974, la Asamblea General de las Naciones Unidas, dominada por los países en desarrollo, va

⁵⁷ Artículo 31.1 de la Constitución: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

⁵⁸ Artículo 3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre: «Principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario. 1. La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad. 2. La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios».

⁵⁹ Lo más parecido a la parte dogmática de una constitución universal es la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su artículo 22 establece el derecho del ciudadano a disfrutar de las prestaciones de un estado social, y ahí podemos intuir un principio de equidad financiera internacional, ya que dispone que todos los ciudadanos del mundo disfruten de seguridad social y de otras prestaciones públicas, en la medida en que lo permitan las finanzas públicas de cada Estado, mediante su propio esfuerzo nacional y la cooperación internacional. («Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad») [[enlace](#), consulta 31 de marzo de 2016].

⁶⁰ GUZMAN, A.: «Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties», en *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, págs. 639-688, 1 de enero de 1997 [[enlace](#), consulta 7 de febrero de 2016], pág. 646.

conformando una doctrina sobre la equidad económica entre las naciones que originariamente se aplicó exclusivamente a los recursos naturales pero que, a principios de los años 70, se extendió a la tributación internacional, como una manifestación más de la soberanía de los países anfitriones para gravar las rentas económicas producidas dentro de su territorio.

La Resolución de Naciones Unidas 1515, de 15 de diciembre de 1960, inaugura el proceso al mencionar, *obiter dicta*, el derecho soberano de todo Estado a disponer de su riqueza y de sus recursos naturales⁶¹. El primer texto específico sobre la equidad económica es la Resolución 1803, de 1962, sobre la Soberanía Permanente de los Recursos Naturales⁶², sustituida en 1973 por la Resolución 3171 sobre la misma materia⁶³. En 1974 se produce un importante avance al acordar la Asamblea General la Resolución 3201, con el significativo nombre de «Nuevo Orden Económico Internacional»⁶⁴. Este texto, *basado en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación de los Estados* amplía el ámbito de la soberanía para abarcar las actividades económicas no extractivas realizadas en su territorio. Finalmente, en diciembre de 1974, la Asamblea General adoptó la Resolución 3281, denominada Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados⁶⁵, que determina que cada Estado tiene el derecho de regular y ejercer la autoridad sobre las inversiones extranjeras en su jurisdicción, de acuerdo con las leyes y reglamentos aplicables, y de conformidad con los objetivos y prioridades nacionales.

A partir de ese momento comienza un proceso para la elaboración doctrinal del concepto de equidad tributaria entre las naciones, con el trabajo seminal de los MUSGRAVE en 1972⁶⁶ que es se-

⁶¹ Asamblea General, Res. 1515, 15 sesión, 15 de diciembre de 1960 [enlace, consulta 30 de marzo de 2016].

⁶² «... cualquier medida a este respecto debe basarse en el reconocimiento del derecho inalienable de todo Estado a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales en conformidad con sus intereses nacionales, y en el respeto a la independencia económica de los Estados». Asamblea General, Res. 1803, 17 sesión, Sup. n.º 17, U.N. Doc. A/5217 (1962) [enlace, consulta 30 de marzo de 2016].

⁶³ Soberanía Permanente de los Recursos Naturales, abarca la tierra, los fondos marinos y su subsuelo. (Asamblea General, Res. 3171, 28 sesión. Sup. n.º 30 U.N. Doc. A/9030 [1973]) [enlace, consulta 30 de marzo de 2016].

⁶⁴ La Resolución afirma que «todos los Estados disfrutan de soberanía plena y permanente sobre sus recursos naturales y actividades económicas», y que «todos los Estados tienen derecho a ejercer control efectivo sobre ellas, así como sobre su explotación, con los medios adecuados a su situación, incluyendo la nacionalización o la transferencia de propiedad a sus nacionales. Ningún Estado estará sometido a ninguna coerción económica o política que prevenga el ejercicio pleno de este derecho inalienable». Esto incluye la reglamentación y supervisión de las actividades de las empresas transnacionales mediante la adopción de medidas en beneficio de la economía nacional de los países donde esas empresas realizan sus actividades, sobre la base de la plena soberanía de esos países. (Asamblea General, Res. 3201, Sexta Sesión especial, Sup. n.º 1, U.N. Doc. A/9559 (1974) [enlace, consulta 30 de marzo de 2016].

⁶⁵ Asamblea General, Res. 3281, U.N. 29 Sesión, Sup. No. 31, U.N. Doc. A/9631 (1974).

⁶⁶ MUSGRAVE, R. y MUSGRAVE, P. B.: «Inter-nation equity», en BIRD, R. y HEAD, J. (eds.), *Modern Fiscal Issues: Essays in Honor of Carl S. Shoup*, Toronto, University of Toronto Press, 1972.

guido por una serie de aportaciones, entre las cuales descuellan SATO y BIRD⁶⁷, AULT⁶⁸, KAUFMAN⁶⁹; FLEMING, PERONI y SHAY⁷⁰, así como BROOKS⁷¹, quien en 2008 recopiló la literatura existente.

Con fundamento en esta doctrina, y en la elaboración conceptual de Naciones Unidas, definimos la equidad fiscal internacional como el mantenimiento por el Estado de la fuente de una jurisdicción tributaria suficiente para gravar las rentas originadas en su territorio. Las mermas de la equidad se producen por dos vías: la cesión voluntaria por los Estados mediante normas nacionales o tratados internacionales para atraer inversiones extranjeras en la denominada «carrera a la baja»; así como la erosión que se produce mediante prácticas de erosión de bases y traslado de beneficios.

En este sentido, el Plan de BEPS ataca a la segunda modalidad, y contempla como uno de sus tres pilares fundamentales la «sustancia», que identifica como la alineación de las bases imponibles con la actividad económica⁷². Pues bien, aunque el Informe BEPS no realiza expresamente esta inferencia, el pilar de la «sustancia» no es ni más ni menos que la manifestación de la equidad fiscal internacional, como medio de proteger las bases imponibles locales y garantizar el ejercicio de la soberanía económica sobre las actividades económicas desarrolladas en el territorio propio, en la tradición de la doctrina desarrollada por la Asamblea General de las Naciones Unidas entre 1962 y 1974.

El otro plano de la equidad fiscal internacional sería una nueva configuración de los estándares internacionales, aunque BEPS aplazó la cuestión de la distribución de la asignación de potestades entre residencia y fuente⁷³ que materializan los tratados. Esta autolimitación ha sido criticada

⁶⁷ SATO, M. y BIRD, R.: «International Aspects of the Taxation of Corporations and Shareholders», *Staff Papers – International Monetary Fund*, 22: 1975, pág. 421.

⁶⁸ AULT, H.: «Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices», en *Tax Law Review*, 47: 565-608, 1992, pág. 577.

⁶⁹ KAUFMAN, N.: «Fairness and the taxation of international income», en *Law and Policy in International Business*, n.º 29, 145, 1998 [extracto en línea, [enlace](#), consulta 5 de marzo de 2016].

⁷⁰ FLEMING, J. C.; PERONI, R. J. y SHAY, S. E.: «Fairness in International Taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income», en *Florida Tax Review*, vol. 5, n.º 4, 2001, págs. 301-356.

⁷¹ BROOKS, K.: «Inter-Nation Equity. The Development of an Important but Unappreciated International Tax Value», en *Tax Reform in the 21st century*, en KREVER, R. y HEAD, J. G. (eds.), Kluwer Law International, 30 de octubre de 2008 [[enlace](#), consulta 27 de marzo de 2016].

⁷² Plan de Acción, OCDE 2013, *ibidem*, pág. 15.

⁷³ «De manera más radical, es necesario un enfoque holístico para abordar adecuadamente la cuestión de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Las medidas que adopten los gobiernos deben ser exhaustivas y adecuadas para tratar todos los aspectos del problema. Entre ellas, por ejemplo, cabe **mencionar el equilibrio entre la imposición en el país de origen de la renta o en el país de residencia**, el régimen fiscal de las operaciones financieras intragrupo, el establecimiento de disposiciones para la lucha contra el abuso de los convenios fiscales, en particular de una legislación en materia de compañías foráneas controladas, así como de normas sobre precios de transferencia». Véase OCDE, *Informe BEPS 2013*, *ibidem*, págs. 60-61.

por la doctrina⁷⁴. El Proyecto BEPS solo abordó la inequidad entre naciones en cuanto resultado del empleo de técnicas de elusión, aunque más bien formulada desde el punto de vista de la equidad intersubjetiva, pues solo se benefician de una menor contribución las multinacionales⁷⁵, planteando un desequilibrio frente al resto de contribuyentes y, especialmente, de las sociedades nacionales⁷⁶. El Informe de BEPS ciertamente apenas hizo una referencia tangencial a la justicia como principio constitutivo o eje vertebrador del sistema de la fiscalidad societaria internacional⁷⁷. El Comité de Asuntos Fiscales se autolimitó porque las implicaciones políticas de este debate le habrían conferido una complejidad que hubiera impedido el progreso en la elaboración de las reglas técnicas antielusión en el anticipado plazo de dos años. En cualquier caso, parece claro que BEPS supuso un paso adelante pero no definitivo en la cuestión de la equidad internacional.

El problema de la «sustancia», es decir, el desajuste entre los parámetros de beneficio económico y base imponible, ha alcanzado grandes proporciones porque la globalización, en combinación con la existencia de modelos operativos cada vez más complejos y, en particular, con el gran desarrollo de la economía digital, ha abierto nuevas oportunidades para que las empresas minimicen su carga fiscal desplazando sus beneficios a jurisdicciones de menor fiscalidad, a pesar de que en ellas no se realice actividad económica sustancial alguna. Esta segregación entre las magnitudes de base imponible y sustancia económica inspira las acciones de BEPS número 6 (Prevención del Abuso de Tratados)⁷⁸, 7 (Prevención del Abuso del Umbral de Establecimiento Permanente)⁷⁹,

⁷⁴ Así, por ejemplo, Lars KOCH: «El Proyecto BEPS no refleja los problemas de los países en desarrollo ni los problemas estructurales de un sistema fiscal internacional agotado. El proyecto se aplica a resolver problemas de países desarrollados como la economía digital o los regímenes de "patent box" para intangibles». En KOCH, L.: «BEPS – maybe not the solution we hoped for?», *The Tax Dialogue On Corporate Responsibility*, Dinamarca, 4 de mayo de 2015 [enlace, consulta 11 de febrero de 2016. Original en inglés].

⁷⁵ «Varios indicadores muestran que las prácticas tributarias de algunas empresas multinacionales se están volviendo más agresivas con el transcurso del tiempo, lo que plantea graves problemas de cumplimiento tributario y equidad». En OCDE: *Lucha contra la Erosión...*, *ibidem*, 2013, pág. 9.

⁷⁶ «Lo que está en juego es la integridad del impuesto sobre la renta de las sociedades. Si no se afronta este problema se estará contribuyendo a socavar aún más la competencia, ya que, por ejemplo, algunas empresas que desarrollan actividades transfronterizas y tienen acceso a asesoría fiscal sofisticada podrán aprovechar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y, de esta forma, se beneficiarán de ventajas competitivas no deseadas, en comparación con empresas que operan mayoritariamente a escala nacional». OCDE, *Lucha contra la Erosión...*, 2013, *ibidem*, pág. 61.

⁷⁷ Concretamente, al tratar del tema del establecimiento permanente en la era digital formula un pronunciamiento axiomático muy importante sobre la justicia en el sistema vigente: En una era en la que los contribuyentes no residentes pueden obtener beneficios considerables mediante transacciones con clientes situados en otro país, **cabe preguntarse si las reglas actuales permiten una distribución justa de las potestades tributarias sobre los beneficios empresariales**, en particular cuando los beneficios obtenidos mediante esas transacciones no se gravan en ningún país. Informe BEPS 2013, pág. 42 (la negrita es nuestra).

⁷⁸ OCDE: *Preventing the Granting of Treaty benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 Final Report*. OECD Publishing, París, 2015. ISBN 978-92-64-24120-6. 101 págs.

⁷⁹ OCDE: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent establishment Status, Action 7 Final Report*. OECD Publishing, París, 2015. ISBN 978-92-64-24121-3. 46 págs.

y 8 a 10 (Precios de Transferencia)⁸⁰. Con estos productos, el Proyecto BEPS proporciona a los países interesados herramientas esenciales para permitir que los beneficios se gravan allí donde se realizan las actividades económicas reales que generan los beneficios y donde se crea el valor, al tiempo que se aporta a los contribuyentes una mayor seguridad jurídica al reducir las controversias sobre la aplicación de las normas fiscales internacionales. No hay duda del avance que en la práctica esto supone para la equidad fiscal entre naciones.

Este principio de «sustancia» o «alineación de las bases imponibles con la sustancia económica» que maneja el Plan de Acción de BEPS⁸¹ es efectivamente lo que GRAETZ denominó *equidad entre las naciones*⁸² o, en términos de AVI-YONAH, *principio de tributación única*⁸³, y se plasma, en terminología de la ONU, en el derecho de todas las naciones a gravar las rentas producidas en su jurisdicción, fundamento último del principio de gravamen en la fuente para las rentas procedentes de explotaciones económicas.

El principio de equidad entre las naciones o de alineación de fiscalidad y sustancia, además de ser una expresión de la soberanía, hunde sus raíces filosóficas en la teoría del beneficio, por el cual la imposición se basa en la compensación por la empresa al país anfitrión por las inversiones y costes de mantenimiento de la infraestructura legal y física que le permiten llevar a cabo su actividad, principio que a su vez también justifica la noción de umbral mínimo para constituir establecimiento permanente, y que tiene también un importante reflejo en el campo de la fiscalidad indirecta en forma de principio del gravamen en destino.

Desde el punto de vista dogmático, es importante resaltar que el principio de equidad entre naciones puede ser contrario a la eficiencia económica, o al menos a la neutralidad en la exportación de capitales. En general, si se persigue la eficiencia global mediante la neutralidad en la asignación de capitales, el criterio sería gravar en la residencia del inversor, mientras que la equidad entre naciones aboga por el mantenimiento de una capacidad sustancial de tributación en la fuente⁸⁴. En tal caso, se trata de encontrar un punto de equilibrio entre los dos objetivos de eficiencia y justicia, difícil elección sin duda, pero no diferente de lo que hacen los Estados en su legislación tributaria interna, e incluso internacional: la firma de un tratado es en efecto una transacción entre equidad y eficiencia.

Sentada la definición del concepto, en el resto del artículo veremos hasta qué punto la equidad entre naciones se hace efectiva por los estándares internacionales existentes y cuáles otros podrían

⁸⁰ OCDE. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10, 2015 Final reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, París, 2015, 186 págs. ISBN 978-92-64-24123.

⁸¹ OCDE. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* [en línea]. París, OECD Publishing, 2014. 49 págs. ISBN 978-92-64-20780-6. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es> [consulta 25 de enero de 2016], págs. 21 a 24.

⁸² GRAETZ, M. J.: «Taxing International Income...», 2001, *ibidem*, pág. 298.

⁸³ AVI-YONAH, R. S.: «International Tax as International Law...», *ibidem*, 2007, págs. 8 a 11.

⁸⁴ GRAETZ, M. J.: «Taxing International Income...», 2001, *ibidem*, pág. 299.

adoptarse, con la mirada puesta en especial en un hipotético tratado multilateral de contenido más amplio que la Convención Multilateral de la Acción 15 de BEPS, así como al debate sobre la imposición unitaria o formularia que resurge periódicamente, sobre todo cuando los precios de transferencia quedan superados por la realidad económica y la ingeniería financiera y se impone una reforma, como ocurrió en Estados Unidos en los últimos años 80 y primeros 90, y como ha ocurrido en el mundo en general en la primera década del siglo XXI, justo antes de la reforma de BEPS.

No podemos olvidar que junto al de equidad internacional, existen en el sistema fiscal internacional otros principios, empezando por los mencionados objetivos económicos de eficiencia: neutralidad en la exportación de capitales y neutralidad en la importación de capitales, que se traducen en el principio jurídico de prohibición de la doble imposición. Existen otros principios jurídicos, como el de la no discriminación, incorporado al artículo 24 del Modelo de Convenio de la OCDE, el de reciprocidad internacional, el de instrumentación de la política exterior –de poca virtualidad fuera de los Estados Unidos– y dos principios de aplicación del sistema: el de cooperación internacional y el de reducción de costes indirectos. Parece descartado que, junto a ellos, exista un principio de redistribución transfronteriza como manifestación de la equidad vertical del sistema fiscal internacional.

9. EQUIDAD HORIZONTAL Y CONVENIOS FISCALES

Ya hemos dicho que los países en desarrollo ven en los tratados fiscales un instrumento de competitividad en la atracción de inversión extranjera para potenciar el desarrollo económico y la creación de empleo, y que al firmarlos cercenan el ámbito de aplicación de su propia soberanía tributaria. Los resultados de una mala política de conclusión de tratados pueden llegar a causar un serio deterioro a la equidad internacional, incluso aunque se logren erradicar las prácticas de *treaty shopping* y otros abusos en virtud de la Acción 6 de BEPS⁸⁵ y la elusión fraudulenta al concepto de establecimiento permanente que se afana en corregir la Acción 7⁸⁶.

Un ejemplo de política equivocada en materia de tratados era Mongolia. En 2011, este país centro-asiático adoptó una decisión poco habitual en la fiscalidad internacional: denunció sus tratados de doble imposición con los Países Bajos, Luxemburgo, Emiratos Árabes Unidos y Kuwait, arguyendo que el resultado de la aplicación de estos tratados era contrario a la equidad⁸⁷. La

⁸⁵ OCDE: *Preventing the Granting of Treaty benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 Final Report*. OECD Publishing, París, 2015. ISBN 978-92-64-24120-6, 101 págs.

⁸⁶ OCDE: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent establishment Status, Action 7 Final Report*. OECD Publishing, París, 2015. ISBN 978-92-64-24121-3, 46 págs.

⁸⁷ En palabras del viceministro de Hacienda Surenjav Purev, «empezamos a preguntarnos por qué razón estos países tenían que gozar de mejores ventajas en Mongolia que nosotros mismos». Citado por DEUTSCH, A. y EDWARDS, T.: *Special Report: In Tax Case, Mongolia is the Mouse that Roared*, 16 de julio de 2013 [[enlace](#), consulta 6 de marzo de 2016], pág. 2.

exención de gravamen de los dividendos pagados desde Ulán Bator, argumentaba el Gobierno de Mongolia, se estaba utilizando de forma abusiva mediante prácticas de *treaty shopping*. Esta denuncia, de gran repercusión en medios especializados, permitió a Mongolia rectificar su rumbo⁸⁸ y, de paso, en medio de una fuerte exposición internacional, forzó a los Países Bajos a acometer un amplio programa de revisión de sus tratados con otros países en desarrollo por preocupaciones también de equidad⁸⁹.

En este ejemplo se aprecia que estamos ante el viejo dilema entre eficiencia y equidad. En una economía globalizada, muy abierta y competitiva, los gobiernos compiten con instrumentos diversos, como la reducción de barreras arancelarias y regulatorias, los acuerdos de protección de inversiones o los CDI, con la popular creencia de que estos fomentan la inversión extranjera directa por el mero hecho de su existencia, y que los ingresos fiscales que se evaporan con su firma se condensarán después de alguna forma y aumentarán la recaudación por otros tributos, consecuencia del incremento de la actividad económica, del desarrollo del sistema productivo y, en general, del incremento de la actividad y del empleo. No hay que culparles, esta extendida opinión está avalada tanto por la OCDE⁹⁰ como en el Modelo de la ONU⁹¹. La prevención o eliminación de la doble tributación internacional, según esta doctrina, mejora el clima de inversión y este aumenta el flujo de la inversión extranjera directa. De esta suerte, en los últimos 20 años la suscripción de convenios por países en desarrollo ha crecido en progresión geométrica⁹². Los acuerdos para prevenir la doble imposición, además, evitan la discriminación entre inversores por razón de su origen y aumentan la seguridad jurídica y la calidad del sistema tributario, favoreciendo un marco que permite el florecimiento del comercio y la inversión internacionales.

En realidad, la relación directa y unívoca entre la existencia de convenios fiscales y el incremento de la inversión extranjera directa funciona mejor a un nivel intuitivo y para convenios

⁸⁸ El FMI aconsejó a Mongolia que renegociase selectivamente más de 30 tratados. *Ibidem*, DEUTCH-EDWARDS, 2013, pág. 6.

⁸⁹ «Los Países Bajos han acordado la inclusión de disposiciones contra las prácticas abusivas en los tratados fiscales con cinco países en desarrollo. Las negociaciones con Etiopía, Ghana, Kenia, Malawi y Zambia se han concluido ya con éxito. Estos son solo los primeros cinco de un total de 23 países con quienes queremos llegar a un acuerdo sobre la lucha contra la evasión fiscal», declaró la ministra de Comercio Exterior y Cooperación para el Desarrollo Lilianne Ploumen. «Estamos empezando ahora a ver un progreso real. **Es de justicia que las sociedades paguen una cantidad realista de impuestos en el país en que tienen lugar las operaciones**» Government of the Netherlands: *Government stepping up support to developing countries on tax issues*. 22 de junio de 2015 [[enlace](#), consulta 21 de marzo de 2016].

⁹⁰ OECD Council: Recommendation of the Council concerning the Model Tax Convention on Income and on Capital, C(97)195/Final. Ordena a los países miembros firmar tratados entre sí.

⁹¹ La recomendación se produce por Resolución 1273 (XLIII) de la Asamblea General, de 3 de agosto de 1967, y está recogida en el preámbulo al MCONU.

⁹² Como señala NEUMAYER (NEUMAYER, E.: «Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?», en *Journal of Development Studies*, vol. 43, n.º 8, pág. 1.505).

homogéneos que en la práctica y para países con convenios heterogéneos⁹³. Existen suficientes evidencias de ello porque a comienzos del año 2000, y como consecuencia de la absoluta generalización de la política de firma de convenios por países en desarrollo, se despertó un importante interés teórico por la medición de esa supuesta relación directa. Al respecto, los numerosos estudios existentes no han ofrecido hasta ahora una respuesta concluyente. Algunos autores han documentado efectivamente la existencia de dicha correlación⁹⁴, e incluso la han cuantificado de manera precisa⁹⁵. Otros, en cambio, han sido incapaces de probar la relación de causalidad⁹⁶ e incluso algunos han encontrado evidencias de que la conclusión de un convenio fiscal de hecho reduce el nivel de inversiones en lugar de aumentarlo⁹⁷.

Contemplar esta disparidad de resultados invita como mínimo a la prudencia, y tal vez a cuestionar la conveniencia de que los países en desarrollo firmen convenios como política general⁹⁸. Es posible que la razón de haber documentado resultados neutros o incluso negativos se deba a defectos metodológicos, como la carencia de una base estadística suficientemente significativa⁹⁹, pero en cualquier caso es evidente que la falta de una conclusión clara y tajante sobre la existencia de la correlación aconseja moderar del optimismo acerca de la eficacia de este instrumento de política fiscal internacional.

⁹³ Los tratados fiscales homogéneos son los celebrados entre pares de países con flujos homogéneos de inversión recíproca. Cuando los flujos son heterogéneos, los tratados pueden nacer desequilibrados y perjudicar la equidad, como en el caso del Tratado de Mongolia con los Países Bajos.

⁹⁴ Es el caso de BARTHEL, *et al.*, «The relationship between Double Taxation Treaties and foreign Direct Investment», en *Tax Treaties, Views from the Bridge, building bridges between law and Economics*, en M. LANG, P. PISTONE, J. SUUCH y C. STARINGER (eds.). Ámsterdam, IBFD, 2010, págs. 3-18. También TARO OHNO encuentra evidencias de la relación directa (OHNO, T.: «Empirical Analysis of International Tax Treaties and Foreign Direct Investment», en *Public Policy Review*, vol. 6, n.º 2, marzo 2010. Policy Research Institute, Ministerio de Finanzas, Japón).

⁹⁵ Como hace NEUMAYER, que estima que la firma de un tratado con Estados Unidos incrementa el volumen de IED desde Estados Unidos al país de que se trate en un 22%. (NEUMAYER: «Do Double Taxation...», *ibidem*, pág. 1.521).

⁹⁶ Es el caso de Paul BAKER (BAKER, P.: «An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment», en *International Journal of Economics of Business*, 2014, vol. 21, n.º 3, pág. 364), de BLONIGEN y DAVIS (BLONIGEN, B. y DAVIES, R.: «The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity», en *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series, Working Paper n.º 7.929*, Cambridge Massachusetts, 2000, 37 págs.), o de LOUIE y ROUSSLANG (LOUIE, H. y ROUSSLANG, D. J.: «Host-Country Governance, Tax Treaties and American Direct Investment Abroad», en *International Tax and Public Finance*, n.º 15, 2008, págs. 256-273).

⁹⁷ EGGER *et al.*, «The Impact of Endogenous Tax Treaties on Foreign Direct Investment: Theory and Empirical Evidence», en *Canadian Journal of Economics*, 39(3), 2006, págs. 901-931.

⁹⁸ Dice Tsilly DAGAN: «Los tratados no son necesarios para prevenir la doble imposición. En su lugar, sirven a objetivos mucho menos heroicos, como limitar las cargas burocráticas o aproximar los términos de la legislación de dos países, y pueden tener consecuencias mucho más cínicas, como producir una distribución regresiva de la renta de los países pobres a los ricos». (DAGAN, T.: «The Tax Treaties Myth», en *New York University Journal of International Law and Policy*, 32, Nueva York, 2000, págs. 939-996 [enlace, consulta 25 de enero de 2016, pág. 2. Original en inglés].

⁹⁹ Como sostienen BARTHEL *et al.*, «The relationship between...», *ibidem*, pág. 10, y Ronald DAVIS (DAVIES, R.: «Tax Treaties, Renegotiations and Foreign Direct Investment», en *Economic Analysis and Policy*, vol. 33, n.º 2, septiembre 2003).

Los convenios fiscales son, ante todo, un ejercicio político, y por tanto el principio de soberanía o equidad internacional emerge aquí claramente: los países están en pie de igualdad jurídica y, por tanto, tienen pleno derecho a disponer de su soberanía tributaria como quieran. Dicho esto, conviene matizar porque, dada la naturaleza bilateral de la relación y las diferencias económicas de partida, el resultado de una negociación en pie de igualdad teórica va en la práctica a acusar las diferencias entre la situación económica y poder de negociación recíproco, una situación que BLUM ha denominado «de igualdad discriminatoria»¹⁰⁰.

La negociación y firma de tratados tiene que examinarse en un contexto más amplio que la mera atracción de la inversión extranjera; tiene que introducir la alteración de las fuentes de financiación para el desarrollo y de la garantía de la equidad entre naciones. Ciertamente, los estudios existentes asumen que la inversión extranjera directa y la movilización de recursos nacionales son magnitudes independientes. No es así: los flujos para el desarrollo son finitos y el aumento de uno de ellos supone que una merma en uno o varios de los demás, actuando como vasos comunicantes. Este efecto está claro en relación con los tratados, pues la entrada en vigor de un convenio supone mayor financiación privada pero menor capacidad de movilización de recursos nacionales. Mantener una capacidad razonable de recaudación sobre los inversores externos supone poder contribuir mejor a la movilización de recursos nacionales.

En consecuencia, los países en desarrollo deberían establecer de forma muy clara las consideraciones de política fiscal y de otro tipo¹⁰¹ a tener en cuenta antes de entrar en negociaciones, como aconseja a todos los países en general la Acción 6 del Plan BEPS¹⁰², incluso aunque utilicen el Modelo de Convenio de Naciones Unidas, indicado para el caso de tratados heterogéneos¹⁰³. Dados los riesgos para la equidad, los países en desarrollo no pueden utilizar

¹⁰⁰ Esta igualdad discriminatoria va a afectar negativamente a la equidad, pues el resultado de una relación de igualdad cuando los postulados de partida son desiguales, lejos de rectificar el desequilibrio, lo confirma. Véase BLUM, G.: «Bilateralism, Multilateralism and the Architecture of International Law», en *Harvard International Law*, vol. 49, n.º 2, 2008, pág. 340.

¹⁰¹ La Introducción al MCOCDL reconoce que en la firma de tratados pueden influir consideraciones de carácter no fiscal.

¹⁰² La preocupación que justifica la inclusión de este apartado en la Acción 6 de BEPS no está en principio relacionada con la equidad ni referida principalmente a los países en desarrollo. Al contrario, se refiere a los criterios a tener en cuenta por los países desarrollados cuando son requeridos por centros financieros y países de baja tributación para la firma de un CDI. ¿Es deseable un CDI cuando la contraparte no tiene impuestos o los que tiene son insignificantes? No obstante, es evidente que la proposición de que los países han de tener en cuenta todas las circunstancias antes de firmar un convenio es de aplicación universal. Véase OCDE: *Preventing the Granting of Treaty benefits...* *ibidem*, págs. 94-98.

¹⁰³ Aunque PISTONE constata que el MCOCDL es absolutamente prevalente también para los países en desarrollo, debido fundamentalmente a la estabilidad de sus provisiones y a la propia facilidad de la negociación. Para PISTONE, los Comentarios al Modelo se han convertido en una fuente de *soft law* a la vez que ha perdido relevancia el MCONU, lo que justificaría la búsqueda de un MCOCDL más equilibrado. (Véase PISTONE, P.: «Tax Treaties with developing Countries: a plea for new allocation rules and a combined legal and economic approach», en LANG *et al.*, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Ámsterdam, 2010, págs. 413-439.)

los convenios como receta de política fiscal sin un riguroso análisis de coste-beneficio, pues puede que no sea la más conveniente en todos los casos¹⁰⁴. Ahora bien, la competitividad internacional y la movilidad de los factores de producción son profundos determinantes de la política financiera exterior de los países en desarrollo, y los tratados son un instrumento para adquirir ventajas competitivas después de impuestos a que ningún gobernante está dispuesto a renunciar. De aquí surge la evidencia de la necesidad de la acción colectiva para corregir los fallos de este mecanismo político.

10. ¿CABE UNA MAYOR EQUIDAD VERTICAL EN EL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL?

Si la idea de la equidad horizontal está mediatizada por la prevalencia de principios económicos antes que valores jurídicos o morales¹⁰⁵ que en la práctica implementan una igualdad discriminatoria donde la firma de convenios no siempre garantiza una clara contraprestación a la cesión de soberanía, más difícil todavía resulta imaginar la incorporación de mecanismos redistributivos al sistema, al estilo, por ejemplo, de los tipos progresivos de gravamen¹⁰⁶. Ciertamente, los países desarrollados no son insensibles a las necesidades del desarrollo, pero esa solidaridad se expresa por vía de la cooperación internacional y la ayuda oficial al desarrollo, no por mecanismos incorporados al sistema fiscal internacional, marcando en esto una clara diferencia con los sistemas nacionales. La cuestión, en este contexto, no es si un mayor grado de justicia es deseable, pues este es un enunciado al que pocos podrían oponerse, sino la ingenuidad que sería reclamar la incorporación de mecanismos técnicos y políticos para construir una relación progresiva en materia de fiscalidad internacional¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Véase MCGAURAN, K.: *Should the Netherlands Sign Tax Treaties with Developing Countries?* SOMO, Ámsterdam, junio 2013, ISBN: 978-94-6207-026-4 [enlace, consulta 7 de febrero de 2016], pág. 11, y PICKERING, A.: «Why negotiate tax treaties?» en *Papers on selected topics in negotiation of tax treaties for developing countries. ITC*, Paper n.º 1, mayo de 2013 [enlace, consulta 3 de enero de 2016], pág. 12.

¹⁰⁵ La preeminencia de los principios económicos en detrimento de otros jurídicos se ha sostenido por AVI-YONAH, R.: «The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification», en *Texas Law Review*, 74, 1996, págs. 1.301-1.303.

¹⁰⁶ Por ejemplo, los MUSGRAVE proponían en 1972 que los tipos de gravamen en la fuente fueran inversamente proporcionales al nivel de renta per cápita de cada uno de los países contratantes (véase BROOKS, «Inter-nation Equity...», 2008, *ibidem*, pág. 23).

¹⁰⁷ La consecución de la equidad vertical, de ser posible, solo lo será en un determinado contexto político. Como señalan CAAMAÑO y CALDERÓN, las consideraciones metajurídicas siempre han formado parte de la configuración de la política fiscal de los Estados, pero en la actualidad los principios clásicos y constitucionales de igualdad/capacidad económica, progresividad y redistribución se han visto flexibilizados y sacrificados como consecuencia de las tensiones a que somete la globalización a los Estados; CAAMAÑO ANIDO, M. A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Globalización económica y poder tributario. ¿Hacia un nuevo derecho tributario?», en *REDE*, n.º 114, 2002, págs. 179-209.

Ahora bien, si partimos de postulados como el de DAGAN¹⁰⁸ o BARTHEL¹⁰⁹, que han puesto de manifiesto el carácter regresivo de los tratados fiscales en general, entonces no es necesario inventar mecanismos adicionales para mejorar la equidad vertical, siendo suficiente con lograr una mejor equidad horizontal. En suma, si la mera existencia de un tratado puede hacer regresivo el sistema, la forma de mejorar la equidad vertical es rectificar la desigual distribución de las potestades jurisdiccionales.

La cuestión sigue mayoritariamente dominada por concepciones económicas: la opción por la neutralidad en la exportación de capitales justifica el gravamen en residencia¹¹⁰, mientras que la neutralidad importadora abona fundamentalmente la tributación en la fuente. Esta dicotomía tiene consecuencias sobre la equidad, pero mantener el debate en términos preferentemente económicos produce un resultado claramente insatisfactorio a la luz de los debates sobre financiación para el desarrollo en el contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.

A pesar de que el contexto político parecía propicio para introducir cambios que reequilibren el ejercicio de la jurisdicción fiscal, como mínimo eliminando los efectos de regresividad, la Conferencia de Addis Abeba de Financiación para el Desarrollo demostró que no es posible llevar a cabo cambios sustanciales en ausencia de un consenso político que hoy por hoy está lejos de vislumbrarse. En consecuencia, emerge la necesidad de emprender cambios graduales en el camino de la equidad. Por ejemplo, cabe incorporar cambios en el proceso legislativo, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo, a la hora de establecer sus políticas de fiscalidad internacional. La petición del G20 a sus miembros para que, como trámite necesario en el proceso legislativo, examinen los efectos colaterales de sus medidas fiscales, es un paso en la dirección correcta, y los debates sobre competencia fiscal perniciosos en los países en desarrollo podrían ir en la misma dirección, pues también es responsabilidad de los países en desarrollo el proteger

¹⁰⁸ Examinando la interacción entre las políticas nacionales de los diferentes tipos de países contratantes, DAGAN llega a la conclusión de que el verdadero objetivo de un tratado es introducir la máxima desfiscalización posible sin ofrecer a cambio ninguna ventaja notoria, ya que la reducción de la doble imposición consagrada en los tratados se limita normalmente a reproducir los mecanismos legales unilaterales de reducción de la doble imposición existentes en cada una de las jurisdicciones. El matiz que añaden los tratados sobre la solución unilateral al problema de la doble imposición es la diferente distribución de potestades impositivas, pues en ausencia de convenio la interacción de las políticas fiscales nacionales permite a los países anfitriones explotar la renta de los inversores extranjeros, mientras que en caso de que existan tratados de doble imposición, las rentas tenderán a gravarse en residencia («The Tax Treaties Myth...», *ibid.*, págs. 939-996).

¹⁰⁹ Para una explicación económica del fenómeno basada en datos empíricos véase BARTHEL *et al.*, «The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data», en *Contemporary Economic Policy*, n.º 3, 2009, págs. 1-11. ISSN 1465-7287, pág. 2.

¹¹⁰ Algunos han argumentado que la neutralidad en la exportación de capitales protege a los países en desarrollo al garantizar un tipo más o menos elevado de tributación agregada para la multinacional en cualquier caso. El argumento es que, si no existiera el gravamen adicional en residencia para la matriz, los inversores tendrían un fuerte incentivo para negociar tratamientos fiscales favorables en el país de la fuente, acelerando a la carrera a la baja de la competitividad fiscal. Para PISTONE este es un argumento cínico («Tax Treaties with Developing Countries...», *ibidem*, 2010, pág. 416).

sus bases imponibles cuando negocian tratados. Un convenio multilateral que sustituyera a toda la red de tratados bilaterales existentes también supondría un avance en el camino de la equidad.

Un problema fundamental a la hora de introducir mecanismos correctores para una redistribución internacional es que la instancia política encargada de materializar los principios de solidaridad son los Estados-nación, y la filosofía que inspira la concepción del Estado, basada en el enfoque de la soberanía en cualquiera de sus versiones –teoría del beneficio mutuo, tradición comunitaria o tradición voluntarista¹¹¹– establece como ámbito de actuación para cumplir los ideales de solidaridad las fronteras del Estado-nación. En pocas palabras, no podemos pedir políticas redistributivas transnacionales a entes nacionales. La lógica llevaría a reclamar un ámbito político de decisión supranacional, aunque preconizar esta solución pecaría de ingenuidad.

En su lugar, una forma de superar esta limitación es lo que CAPPELEN denomina «el enfoque de la asignación», brindando el fundamento filosófico para un ejercicio de la solidaridad más allá de las fronteras en el mundo globalizado¹¹². Este enfoque, de raíz rawlesiana, sostiene que todas las personas tienen una obligación redistributiva hacia los demás con independencia de que mantengan o no una especial relación con ellos. Los deberes definidos en un ámbito político concreto, por tanto, solo pueden ser considerados como una asignación especial de los deberes generales. De ahí se deduce que la atribución de la jurisdicción tributaria a los Estados es solo una de las posibilidades, ideal solo en la medida en que asigna la responsabilidad de una forma eficiente. Ahora bien, si se pusiesen en práctica los mecanismos eficaces para una asignación supranacional, el ámbito natural de esta teoría universalista sería supranacional. La teoría es clara en lo abstracto, pero al tratarse de una posición idealista resulta poco aplicable en la práctica.

Lo que sí es posible es introducir cambios en el sistema vigente, por ejemplo en favor de una mayor retención de potestades en la fuente. Aportaciones teóricas como las de HARDING¹¹³, VOGEL¹¹⁴ o SCHANZ¹¹⁵ defienden la supremacía conceptual del principio de la tributación en la fuente. Los países en desarrollo, además, tienen a su disposición el instrumento del Modelo de Naciones Unidas para lograr tratados con una atribución de potestades más equilibrada.

¹¹¹ Véase CAPPELEN, A.: «The Moral Rationale for International Fiscal Law», en *Ethics & International Affairs*, vol. 15, n.º 1, marzo 2001, págs. 97-110.

¹¹² CAPPELEN, A.: «National and International Distributive Justice in Bilateral Tax Treaties», 56, en *FinanzArchiv*, NF 424, 1999, págs. 424-442.

¹¹³ HARDING, A.: *Double Taxation of Property and Income, A Study in the Judicial Delimitation of the Conflicting Claims of Taxing Jurisdiction Advanced by the American States*, Harvard University Press, 1933, 326 págs.

¹¹⁴ VOGEL, K.: «Worldwide vs. Source Taxation of Income – A Review and re-evaluation of Arguments (1998)», en *Intertax*, vol. 16, n.º 8-9 págs. 216-229.

¹¹⁵ SCHANZ, G.: «Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze», *FinanzArchiv*, 13 1-87, ISSN 0015-2218, citado por PINTO, D.: «Exclusive source or residence-based taxation - is a new and simpler world tax order possible?», en *Bulletin for International Taxation*, 61, 2007, págs. 277-291.

En definitiva, la solidaridad internacional solo puede practicarse de dos modos: o bien se encomienda a una autoridad central –solución que, en el contexto político actual no parece factible– o bien se coordinan las actuaciones individuales de los Estados en torno a directrices internacionales tipo *soft law* o buenas prácticas, fórmula que parece mucho más realista. La apertura a la participación de países en desarrollo que ofrece el marco inclusivo y la experiencia que han adquirido en la negociación de la Convención Multilateral de la Acción 15 de BEPS son un buen comienzo.

11. PARTICIPACIÓN INCLUSIVA Y MULTILATERALISMO

Una característica de los convenios bilaterales, como ya hemos visto, es que son susceptibles de producir resultados contrarios a la equidad, y no solo en la relación bilateral de los dos contratantes, sino también respecto de terceros, pues el FMI ha demostrado que producen externalidades¹¹⁶. Por eso hay que preguntarse de qué modo los países en desarrollo pueden contribuir a cambiar este estado de cosas, y la solución de la multilateralidad parece una respuesta apropiada: un instrumento multilateral de amplio alcance no limitado a implementar los resultados de BEPS. Sin embargo, habida cuenta del fracaso del intento de generar un multilateralismo más amplio en la III Conferencia de Financiación para el Desarrollo de Addis Abeba en julio de 2015, parece que esta solución tiene hoy por hoy escasa viabilidad política.

Pese a todo, también es cierto que el multilateralismo nunca ha gozado de tan buena salud. La globalización y del progreso económico alcanzado por los países en desarrollo desde que en el año 2000 se definieron los Objetivos de Desarrollo del Milenio ha alumbrado un pujante multilateralismo que se impone progresivamente en la arquitectura del sistema tributario internacional: la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Tributaria Mutua, el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información, el Convenio Multilateral de Autoridades Competentes para implementar el nuevo estándar internacional de intercambio automático de información financiera y la Convención Multilateral para Implementar BEPS no son hechos fortuitos o aislados, sino el reflejo de una nueva forma de relación en la política internacional bajo la égida del G20 donde todos los actores cuentan, incluyendo países desarrollados, economías emergentes y países en desarrollo.

La relevancia del nuevo multilateralismo para los países en desarrollo radica en las posibilidades de una redistribución de la potestad tributaria que dé mayor peso al criterio de la fuente, por ejemplo mediante un nuevo instrumento multilateral de amplio alcance construido a partir de la fusión de los modelos existentes, de Naciones Unidas y OCDE. En este escenario, la Convención Multilateral para Implementar BEPS tiene un valor simbólico que abrirá en el futuro nuevos horizontes a la negociación multilateral. Un instrumento multilateral amplio favorecería a la equidad, a la eficiencia, reduciría los costes de aplicación del sistema y las posibilidades de planificación fiscal basada en desajustes legales.

¹¹⁶ FMI: *Spillovers in International Corporate Taxation*. IMF Policy paper, 9 de mayo de 2014 [[enlace](#), consulta 1 de abril de 2016].

Sin embargo, para no generar expectativas irrealistas, hay que decir que se requieren unas condiciones políticas adecuadas. Un tratado fiscal multilateral se adscribe, en general, a la ideología cosmopolita, minoritaria en la escena internacional, donde pesan mucho más los intereses nacionales. Avanzar en el camino del cosmopolitismo requiere inteligencia y pragmatismo, no planteamientos maximalistas. La globalización ha difuminado los contornos de las posiciones extremas de cosmopolitismo y nacionalismo y en la actualidad la estructura de la sociedad internacional se adscribe a una vía intermedia que puede fundamentar recetas de política fiscal internacional que tomen lo mejor de cada orientación, como la propuesta de relacionar la solidaridad global con los deberes relacionales nacidos de relaciones contractuales formulada por BENSALOM¹¹⁷.

Con todo, aunque las soluciones pragmáticas tipo tercera vía ofrezcan amplias posibilidades para el progreso de la equidad en la fiscalidad internacional, las acciones para incorporar elementos correctores en los instrumentos internacionales siguen encomendadas a los Estados, agentes políticos que ya han demostrado su ineficacia a la hora de incorporar elementos correctores en el sistema de la fiscalidad internacional, por lo cual necesitamos apoyarnos en el nuevo multilateralismo si queremos realizar avances significativos.

En este contexto adquiere mayor significación la posibilidad de un tratado multilateral no limitado a BEPS, con bastantes ventajas teóricas y prácticas de acuerdo con los criterios de BLUM¹¹⁸. En varios aspectos un Instrumento Multilateral amplio (IML) se revela como muy adecuado en teoría, pero no siempre en la práctica. El IML es positivo para la uniformidad del derecho internacional y para la igualdad de las naciones desde el punto de vista de la igualdad teórica, pero en realidad puede facilitar la denominada «igualdad discriminatoria» porque los Estados parten de realidades muy distintas, con lo cual la fórmula única no es la solución. Además, el IML es menos flexible y no se adapta a las necesidades específicas de cada país, aunque la existencia de un instrumento multilateral general no impediría la existencia de protocolos adicionales al general. Sin embargo, el elemento clave es la existencia de externalidades en la fiscalidad internacional, lo que remite de nuevo al IML. El FMI, a partir de la constatación de las externalidades, ha evaluado la magnitud de los efectos colaterales en los países en desarrollo y concluye que la pérdida media de bases imponibles en los países en desarrollo mediante prácticas de BEPS se eleva al 13 %, más del doble del 5 % que estima para los países de la OCDE¹¹⁹.

Cuando existen externalidades la cuestión clave es hasta qué punto los afectados tienen que ser parte del tratado. En teoría se debería limitar el número de participantes a quienes tengan el potencial de realizar una contribución significativa, para evitar que el proceso se convierta en algo demasiado complicado e ineficiente, dando lugar a compartimientos estratégicos que trascienden

¹¹⁷ BENSALOM, I.: «The New Poor at Our Gates: Global Justice Implications for International Trade and Tax Law», *Faculty Working Papers*, Northwestern University, n.º 172, 2009, 61 págs.

¹¹⁸ BLUM, G.: «Bilateralism, Multilateralism...», *ibidem*, 2008, págs. 323-379.

¹¹⁹ FMI: *Spillovers in International Corporate Taxation*, *ibidem*, pág. 20.

la esfera de las externalidades. La determinación de las externalidades y los sujetos relevantes es, por tanto, la clave. No se trata de una cuestión técnica, sino que implica decisiones éticas y políticas sobre el nuevo régimen. Sería necesario, por consiguiente, que participasen los países exportadores de capitales que generan la mayor parte de efectos negativos, y los paraísos fiscales que se benefician de ellos. Además, sería necesario moderar la cantidad de redistribución que se quiere conseguir, pues si el nuevo régimen fuera fuertemente redistributivo, los países perdedores podrían decidir no participar.

12. LAS NUEVAS DIRECTRICES DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y LA EQUIDAD

Si a la versión anterior de las Directrices de Precios de Transferencia se le atribuían importantes lagunas que favorecían el trasvase de beneficios con grave detrimento para la equidad fiscal internacional, justo es decir que parece que dichas lagunas han recibido el tratamiento necesario, e incluso que algunas innovaciones como el tratamiento de las economías de ubicación o el de los precios de transferencia de las materias primas son medidas que habrán de favorecer claramente a los países en desarrollo.

En su conjunto, la reforma de 2015 de las *Directrices* supone la culminación de varios proyectos de reforma que venían progresando desde la última reforma de 2010, si bien dentro del sólido marco que proporciona BEPS, transversal a las reformas de todos los instrumentos anti-elusión y, por supuesto, a los precios de transferencia. Las nuevas normas para la delimitación de las operaciones se distancian del anterior criterio formalista en la interpretación de los contratos, ofreciendo mayores recursos a las Haciendas para ajustar las bases y, por consiguiente, claros avances en materia de equidad.

Lo mismo ocurre con las directrices para examinar la atribución contractual de los riesgos, normas renovadas que permiten rebatir las reubicaciones de conveniencia recurriendo al instrumento de la delimitación de las operaciones y más en concreto al examen del control del riesgo y de la capacidad financiera para asumirlo. En materia de exportación de intangibles, la tercera gran novedad sustantiva de las *Directrices* es de nuevo la búsqueda de la verdadera contribución de las partes a la creación, mantenimiento y mejora de los intangibles, única que puede fundamentar una determinada retribución mediante cánones, y no una pura situación contractual fruto de acuerdos entre partes vinculadas. Se completa la materia de los intangibles con los ajustes retroactivos, tomados del estándar americano *commensurate with income*, cuando entre el precio de transmisión y la rentabilidad posterior del intangible existan diferencias sustanciales, y con una más estricta regulación de los acuerdos de contribución a costes.

Son medidas todas ellas que permitirán a las Haciendas, tanto de países avanzados como de economías en desarrollo, combatir las rentas apátridas mediante la atribución de las bases imponibles a los territorios donde tienen lugar las actividades económicas que permiten generar los

beneficios. Únese a ello la Acción 13, que al mejorar las fuentes de análisis económico de las haciendas mediante el Informe País por País, añade otro elemento para combatir la utilización abusiva de los precios de transferencia, e impone a la vez mayores obligaciones formales. La alineación entre bases imponibles y sustancia económica aumentará la equidad entre las naciones.

En suma, el conjunto de reformas sustantivas sobre las Directrices apuntan en una dirección: la protección de las bases imponibles por parte de los países donde las actividades económicas se desarrollan, combatiendo las rentas apátridas. Los países de la OCDE, más los del G20 no miembros de la misma, han apoyado la herramienta de los precios de transferencia, reforzando un compromiso que aleja a la fiscalidad unitaria. Algunas medias apoyan específicamente a los países en desarrollo, como es el caso de las transacciones con materias primas, las economías de ubicación o los pagos por servicios de escaso valor añadido, por lo cual, en general, la reforma de las Acciones 8-10 de BEPS debe ser valorada muy positivamente como un avance hacia la equidad internacional.

13. EL INFORME PAÍS POR PAÍS Y LA EQUIDAD

La Acción 13 del Plan BEPS introduce un nuevo estándar de documentación de precios de transferencia e incorpora al Capítulo V de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia el Informe País por País (IPPP), obligatorio para las multinacionales cuya cifra de negocios supere los 750 millones de euros¹²⁰. Esta obligación de transparencia, que es hoy ya derecho positivo en los países de la OCDE, incluida España, en los países del G20, en toda la UE, y en un buen número de países en desarrollo, al aumentar la transparencia supone un importante avance en la equidad. El concepto del IPPP se ha gestado en un tiempo relativamente corto, empezando por la campaña *Publish What You Pay* lanzada por una serie de ONG en 2002, continuando por la Iniciativa de Transparencia de la Industria Extractiva (ITIE), la Ley Dodd-Frank en Estados Unidos, los proyectos de normas contables del IASB y las iniciativas legislativas de la UE.

Además de su relevancia como documento fiscal en el contexto de los precios de transferencia, el IPPP ha puesto en un compromiso al IASB, que ahora debe decidir si lo transforma en una NIIF, lo cual potenciaría aun la transparencia y, por tanto, sus efectos sobre la equidad. En nuestra opinión, aunque la regulación actual es un avance histórico, los avances no son definitivos. Hay más camino que recorrer de la mano del gobierno corporativo y, sobre todo, de los estándares in-

¹²⁰ Con algunas variaciones, una obligación similar de desglosar datos por países existe a nivel europeo desde 2015 para las entidades de crédito, en virtud de la Directiva de Acceso y Supervisión Prudencial de Actividades Crediticias y Empresas de Inversión, y existirá para las entidades de la industria extractiva y de explotación de bosques primarios cuando queden transpuestas las Directivas Contable y de Transparencia Contable. Además, la Unión Europea ya ha revisado la Directiva de Asistencia Administrativa Mutua para ajustarla a la Acción 13 de BEPS, e incluso se plantea hacer la difusión obligatoria con carácter general en el paquete de medidas de transparencia fiscal [COM(2015)136].

ternacionales de contabilidad, que ponen al IASB en la situación de revisar su decisión pasada de no lanzar un proyecto sobre el IPPP como estándar contable¹²¹ y, por tanto, con carácter de documento público, por su relevancia tanto para los proveedores de financiación –accionistas y acreedores– como para otros interesados en la información contable. En cualquier caso, parece fuera de toda duda que una mayor transparencia redundará en un mejor cumplimiento en todos los países donde operen las multinacionales, lo que supone un claro respaldo a la equidad internacional.

14. LA FISCALIDAD UNITARIA

La complejidad de la aplicación del estándar de precios de transferencia y la relativa opacidad en que se ha desarrollado en el pasado ha convertido a estas normas en un instrumento fundamental a la hora de deslocalizar beneficios hacia jurisdicciones de baja tributación, ya sea a base de incidir sobre los precios de los suministros o las ventas, ya mediante operaciones más sofisticadas de expatriación de intangibles, reestructuración de la cadena de suministro, despojo de riesgos, o acuerdos de contribución a costes. Esta perversión ha, lógicamente, alimentado las críticas hacia las reglas de precios de transferencia. Además, se ha criticado la gran complejidad de las normas, su carácter aproximativo¹²², los altos costes de su aplicación para contribuyentes y administración, y las dificultades de aplicación práctica, sobre todo en ausencia de comparables¹²³.

El resultado de las Directrices pre-BEPS era con demasiada frecuencia poco propicio a la equidad, pues cuando las transacciones no se realizan por su valor normal en el mercado se van a producir trasvases de beneficios hacia territorios con menor fiscalidad, y estas son muy difíciles de detectar y corregir por las haciendas en general, pero muy en especial por las de los países en desarrollo, cuya capacidad técnica es inferior¹²⁴. El abuso de las Directrices por las multinacio-

¹²¹ El IASC, antecesor del IASB, en el año 2000 organizó un subcomité para la reforma de la contabilidad de las industrias extractivas que entre otras cosas exploró el informe país por país, a la sazón promovido por la Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva. El Subcomité terminó proponiendo una reforma a la NIIF 6, pero en 2010 descartó el IPPP (IASB: *Discussion Paper DP/2010/1, Extractive Industries* [[enlace](#), consulta 21 de febrero de 2016]).

¹²² El párrafo 1.13 de las Directrices en su edición de 2010 reconoce que «los precios de transferencia no son una ciencia exacta, sino que exigen juicios de valor por parte de la Administración tributaria tanto como de los contribuyentes» (OCDE: *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2013, pág. 47).

¹²³ Así lo reconoce AVI-YONAH: «desde la aparición del Libro Blanco del Tesoro en 1988, el problema clave en la aplicación de los Precios de Transferencia es la ausencia de comparables, lo cual llevó al método de distribución de beneficios, que se incorporó a las normas estadounidenses en 1994 y a las Directrices de la OCDE en 1995» (AVI-YONAH, R. S.: «Splitting the Unsplittable: Toward a Formulary Approach to Allocating Residuals Under Profit Split», en *University of Michigan Law School*, Research Paper 378, 2014 [[enlace](#), consulta 16 de enero de 2016], pág. 1).

¹²⁴ «Este ha llegado a ser el mayor obstáculo para la justicia fiscal así como el mayor facilitador de la corrupción y el delito» (PICCIOTTO, S.: *Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations* [en línea], 9 diciembre 2012 [[enlace](#), consulta 21 de febrero de 2016], pág. 9).

nales ha llevado a muchos¹²⁵ a buscar una alternativa, máxime cuando existe un sistema alternativo, el llamado de imposición unitaria, que de hecho se aplica en varios territorios¹²⁶.

La mayoría de los países en desarrollo ha aprobado legislación en contra del abuso de los precios de transferencia, pero o bien es relativamente reciente o bien su aplicación práctica es simplemente inexistente o está en un estado muy embrionario. Muchos países no han desarrollado reglamentariamente la legislación y carecen de un programa de control eficaz, en cuya ausencia las multinacionales campan a su libre albedrío. Incluso en aquellos países más avanzados, donde cuentan con mayores recursos, determinar el valor de la transacción en el mercado es una técnica que requiere un alto grado de apreciación subjetiva y al final lo que se busca no es ni siquiera un valor único sino un valor que encaje dentro de un rango.

En esta situación, un sector amplio de la doctrina y muchas ONG insisten en sustituir los precios de transferencia por la imposición unitaria¹²⁷, en la cual hay un único sujeto pasivo a nivel mundial – el grupo multinacional –, las transacciones entre partes vinculadas se eliminan de acuerdo con la técnica contable de la consolidación, evitando así las oportunidades de manipulación por las transacciones dentro del grupo, y después se distribuye el beneficio mundial consolidado de acuerdo con criterios objetivos de reparto, que pueden incluir los activos, los costes, las ventas o una combinación de ellos.

¹²⁵ Son innumerables los trabajos que tratan esta cuestión. Hay una revisión de la literatura en BREAN, D. y BIRD, R. M.: *The interjurisdictional allocation of Income and the Unitary Taxation Debate*, ed. Economic Council of Canada, Ottawa, 1986, 101 págs. Entre los trabajos más recientes destaca la propuesta de Sol PICCIOTTO (PICCIOTTO, S.: *Towards Unitary Taxation...*, 2012, *ibidem*) y los trabajos de Rubén AVI-YONAH (AVI-YONAH, R.; CLAUSING, K. y DURST, M.: «Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split», en *Florida Tax Review*, 9, n.º 5. 2009, págs. 497-553; y AVI-YONAH, R.: «Splitting the Unsplittable...», *ibid.*).

¹²⁶ La distribución formularia se utiliza en Estados Unidos para distribuir los beneficios generados en las transacciones interestatales, en virtud de la Ley de División Uniforme de los Ingresos a Efectos Fiscales (*Uniform Division of Income for Tax Purposes Act [UDITPA]*), que regula la distribución interterritorial dentro de Estados Unidos. Además del impuesto sobre sociedades federal, de regulación única en todo el país, existen impuestos sobre sociedades de ámbito estatal, con regulación propia y tipos de gravamen distintos en 48 Estados, aunque 44 siguen la fórmula de Massachusetts: una combinación de activos, salarios y ventas. AVI-YONAH, CLAUSING y DURST relacionan la imposición unitaria con las áreas económicas altamente integradas, poniendo por ejemplo estas relaciones interestatales en los estados federados en Estados Unidos («Allocating Business Profits for Tax Purposes», *ibidem*, 2009, págs. 497-501).

¹²⁷ Desde los trabajos de Peggy MUSGRAVE (MUSGRAVE, P.: «Tax Base Shares: the Unitary versus the Separate Entity Approaches», en *Canadian Tax Foundation*, 21, 1979) hasta los más recientes de PICCIOTTO (PICCIOTTO, S.: *Towards Unitary Taxation...*, *ibid.*) y AVI-YONAH (AVI-YONAH, R. S.: «Splitting the Unsplittable...», *ibid.*), pasando por HELLESTEIN (HELLESTEIN, J. F.: «Federal income Taxation of Multinationals: Replacement of Separate Accounting with Formulary Apportionment», en *Tax Notes*, n.º 60, pág. 1.131, 23 de agosto de 1993), KAUDER (KAUDER, L. M.: «Intercompany pricing and Section 482: A proposal to shift from uncontrolled comparables to formulary apportionment now», en *Tax Notes*, 485, 25 de enero de 1993), LANGBEIN (LANGBEIN, S. I.: «A Modified fractional apportionment Proposal for Transfer Pricing», en *Tax Notes*, 54, 719, 10 de febrero de 1992) y MILLER (MILLER, B. F.: «None are so blind as those who will not see», en *Tax Notes*, 66, pág. 1.023, 13 de febrero de 1995), numerosos intelectuales han defendido sin éxito la sustitución del estándar internacional.

Formulada así, la superioridad conceptual de este modelo parece incuestionable. Existen además importantes argumentos que apoyan esta idea. Empezando por el marco axiológico, el valor conceptual del principio de entidad separada está altamente cuestionado por las cadenas mundiales de creación de valor¹²⁸, pues la generación de valor en el seno de las multinacionales depende precisamente de las sinergias del grupo, lo que hace que el principio de entidad separada vaya en contra de la esencia misma del grupo multinacional. Además, contamos con desarrollos recientes en política tributaria internacional que apuntan tímidamente en el mismo camino de la imposición unitaria, como la propuesta de la Comisión Europea para la reforma del impuesto sobre sociedades dentro de la UE¹²⁹. Aun sin salirnos del Proyecto BEPS, la doctrina ha apuntado a la semejanza del Informe País por País con los criterios para la distribución formularia del beneficio –algo expresamente prohibido por la Acción 13– o la hipotética recepción de los criterios de distribución formularia en el método de la división de beneficios de la mano de la Acción 10 de BEPS cuando sus trabajos se culminen en 2017, aunque con una diferencia sustancial, pues la Acción 10 aceptaría criterios objetivos de distribución caso por caso y atendiendo a las circunstancias y hechos relevantes a partir de un análisis funcional, mientras que la imposición unitaria propone criterios de distribución universales.

Parece que estas iniciativas avanzan en conjunto hacia la imposición unitaria, y sin embargo esta impresión puede ser engañosa. El proyecto de la Base Imponible Común de la UE fracasó en 2012¹³⁰, pero la estrategia de dividir el acuerdo en dos fases parece más prudente, y es posible que se adopte aunque, por un lado, seguirá siendo necesaria la unanimidad, y no parece claro que

¹²⁸ Las CMCV son sistemas de producción organizados a escala mundial que asignan la realización de actividades económicas diversas a territorios específicos, cada uno especializado por una función, de forma que la cadena de creación de valor se segmenta entre jurisdicciones y en su conjunto deviene global. Sirven a las multinacionales para mejorar la eficiencia productiva aprovechando las ventajas comparativas, las economías de escala, su posición dominante o simplemente las sinergias inherentes a la mera pertenencia a un grupo multinacional. La empresa actual, apoyándose en el progreso tecnológico e informático y en la economía de la innovación y los servicios, ha difuminado las barreras fronterizas, permitiendo a los grupos multinacionales operar mucho más como empresas de alcance mundial (OCDE: *Lucha contra la Erosión...*, *ibidem*, págs. 31-34).

¹²⁹ Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del Impuesto sobre Sociedades, COM(2016)685 Final, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016.

¹³⁰ Relanzado por el Comisario Moscovici, el Proyecto de la base común y consolidada tiene más de 15 años de existencia pero no tomó cuerpo en forma de proyecto normativo hasta 2011, cuando se presentó la Propuesta de Directiva del Consejo, de 16 de marzo de 2011, relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCS). El proyecto de 2011 no fue finalmente aprobado, precisamente por distanciarse del principio de plena concurrencia. El relanzamiento de 2015 se hace precisamente en nombre de la equidad, arguyendo que será una herramienta extremadamente eficaz para cumplir los objetivos de una **imposición más justa y eficaz**, reducirá las cargas administrativas y simplificará el mercado único para las empresas, será muy efectiva al atajar los problemas de BEPS, porque las transacciones intragrupo no permitirán la manipulación de los beneficios ya que simplemente serán ignoradas, y la cifra de beneficios consolidada se distribuirá de acuerdo con una fórmula preestablecida. También la BICC será eficaz a la hora de solventar los problemas de la financiación mediante deuda en lugar de fondos propios por la misma razón. (UE: *Questions and Answers on the CCCTB re-launch* Bruselas, 17 de junio de 2015 [[enlace](#), consulta 20 de marzo de 2016]).

esta vez sí pueda conseguirse, y, por otro, las reformas que ha introducido BEPS en las Acciones 8, 9 y 10 van a reforzar la utilidad de los precios de transferencia y debilitan los argumentos que proponen la imposición unitaria basada en la existencia del abuso de esta técnica.

La Acción 13 introduce efectivamente una herramienta nueva (el Informe País por País) que podría efectivamente realizar la función de unificar los criterios de distribución de la fórmula, pero esta sensación también es simplista. Para aplicar la fórmula el problema no viene tanto de la disponibilidad o no de la información sobre los criterios de distribución, sino precisamente de lograr un acuerdo político universal en torno a esos criterios.

En realidad, los problemas de la imposición unitaria se resumen en tres: el sistema es casi tan susceptible del abuso por parte de los usuarios como el de los precios de transferencia, la uniformidad del sistema requiere un difícil consenso político internacional y la imposición unitaria requiere administración y control unitario, y la comunidad internacional no está todavía preparada para eso.

La imposición formularia se presta a la manipulación por diversos cauces. En primer lugar, la definición del ámbito del grupo consolidable puede dejar fuera a entidades (por ejemplo, híbridas) que sean una vía de escape para la base imponible agregada del grupo. En segundo lugar, la distribución de la base imponible agregada en bases imponibles locales mediante criterios objetivos no garantiza en absoluto que los países en desarrollo, como tampoco los desarrollados, reciban su parte equitativa; los factores seguirán siendo susceptibles de manipulación, y las MNE comenzarían un proceso de reestructuración de suerte que los factores relevantes en la fórmula se hallasen ubicados en jurisdicciones de baja tributación, ya sea mediante abuso del derecho (por ejemplo, reubicación contractual de los intangibles) o mediante reestructuraciones reales, que trasladasen los factores de producción que entran en la fórmula a jurisdicciones de baja tributación. La sensibilidad de los factores de la fórmula¹³¹ a los costos fiscales cambiaría las pautas de la inversión mundial y se agravaría el fenómeno de la deslocalización, razón por la cual tanto países en desarrollo como desarrollados difícilmente aceptarían el cambio a esta modalidad impositiva, y la dinámica observada en los Estados Unidos a nivel estatal confirma que este problema es serio¹³².

La imposición unitaria exigiría, por otra parte, un acuerdo unánime a nivel mundial sobre la definición del grupo, sobre las reglas de determinación de la base, sobre el número y naturaleza

¹³¹ Aspecto particularmente problemático, apuntado en el párrafo 1.23 de las directrices de la OCDE.

¹³² La experiencia de la aplicación del sistema de imposición unitaria en Estados Unidos sugiere que, por un lado, se elimina el *profit shifting*, la posibilidad de trasvasar rentas a otros Estados, pero por el contrario se incrementa la sensibilidad a los factores de la fórmula, especialmente si se trata del factor trabajo, la inversión y las ventas. El análisis de K. CLAUSING, en cambio, partiendo del análisis de las reformas políticas en Estados Unidos entre 1986 y 2012 es que la actividad económica no es especialmente sensible a las decisiones de política tributaria interna, sobre todo en los años más recientes. CLAUSING, K.: «Lessons for International Tax reform from the U.S. experience under Formulary Apportionment», *NY University School of Law*, primavera de 2014 [[enlace](#), consulta 24 de marzo de 2016], pág. 20.

de los factores que entran en la fórmula y sobre su ponderación, y aquí de nuevo se plantearían dificultades prácticamente insalvables. Las economías menos desarrolladas querrían otorgar un gran peso a ciertos factores productivos (como activos fijos o mano de obra) mientras que los desarrollados preferirían otros factores (como activos intangibles o cifra de ventas). La propia negociación de la fórmula sería imposible, pues exigiría una unanimidad mundial inicial y la teoría de los juegos demuestra que adherirse a la regla de la unanimidad concede ventajas estratégicas a quienes se oponen a la negociación, bloqueándola. Por ejemplo, si el capital humano fuese un factor a integrar en la fórmula, las empresas podrían sustituir trabajadores por cuenta ajena por profesionales autónomos prestadores de servicios, o bien simplemente reubicar sus centros de producción en jurisdicciones de baja imposición. Estos efectos, tanto mayores cuanto más sensibles sean los factores a la fórmula, constituirían una política fiscal ineficaz, pues seguiría existiendo el trasvase de bases imponibles, y una mala política laboral, pues cambiaría el empleo fijo por trabajo como autónomo, o simplemente lo destruiría a favor de ubicaciones de bajo coste y baja tributación, un fenómeno actualmente existente que los países desarrollados no querrían exacerbar.

Pero resulta que, aun en la remota hipótesis de que se lograra un acuerdo inicial, sería necesario otro para mantener el compromiso, lo cual es imposible porque choca con la soberanía tributaria. Efectivamente, en un momento posterior a la firma del tratado por unanimidad, de nuevo la teoría de los juegos y el dilema del prisionero ilustran el que, si bien bajo la regla de la unanimidad el beneficio conjunto para todos los participantes sería máximo, en cambio el máximo beneficio individual de cada uno de los participantes no está en seguir la unanimidad sino en oponerse a ella y conceder ventajas comparativas frente a los demás. En consecuencia, aunque llegase a ser posible un acuerdo global para conseguir determinar los factores de la fórmula mundial única, este se frustraría inmediatamente y tendríamos como mínimo dos estándares, lo cual generaría situaciones de doble imposición.

Finalmente, incluso en la remota hipótesis de que se consiguiera un acuerdo mundial y duradero, el problema estaría en la gestión unitaria. Como bien ha entendido la UE, la base imponible común y consolidada conlleva que haya una única declaración fiscal en toda la UE, presentada por la matriz en su propio idioma y ante su administración fiscal¹³³, y esta forma de funcionar solo es posible si está coordinado por una organización internacional. La comprobación inspectora, por ejemplo, sería muy difícil, pues los países en desarrollo podrían llegar a determinar el valor relativo de los factores de la fórmula (activos, personal, ventas, o cualesquiera otros criterios de distribución que se adoptasen) dentro de su territorio, pero no podrían determinar el valor agregado de esos elementos para la entidad a nivel mundial, y menos aún determinar el numerador, es decir, la base imponible mundial. Seguirían dependiendo de otros para la comprobación inspectora y sería necesaria la cooperación administrativa para inspeccionar al grupo en su conjunto con instrumentos como las inspecciones conjuntas al amparo de la Convención Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria. Ahora

¹³³ UE: *Questions and Answers on the CCCTB re-launch*. Bruselas, 17 de junio de 2015 [[enlace](#), consulta 20 de marzo de 2016], pág. 2.

bien, si esos medios, ya existentes, se utilizasen en la práctica, mejoraría notablemente la eficacia de las inspecciones de los precios de transferencia para todo el grupo, y sin embargo tampoco hay voluntad de implantarlos.

En el sistema actualmente vigente, basado en el principio de entidad separada, cada jurisdicción controla la parte de la actividad económica de la MNE que tiene lugar en su territorio y eso explica en parte el éxito de los precios de transferencia, porque el control inspector sigue siendo un elemento exclusivamente nacional, no se vislumbra la voluntad política de crear una hacienda transnacional, ni en su aspecto de formuladora de políticas ni menos aún en su aspecto de órgano ejecutivo, ni parece posible, en el presente clima de desconfianza entre países ricos y pobres, que los países en desarrollo deleguen el control de las actividades de la MNE en su país a favor de las haciendas de los países desarrollados, residencia de la matriz.

En definitiva, sin negar el atractivo teórico de la imposición unitaria, no parece que este método sea practicable en el escenario político actual ni que, en la remota hipótesis de que llegara a ponerse en práctica, ello solucionase los problemas de trasvase de beneficios, habida cuenta de que el sistema no estaría blindado contra la manipulación maliciosa y de que la sensibilidad a los factores de la fórmula podría alterar las decisiones de inversión, convirtiendo un problema fiscal en otro de mayor alcance.

15. CONCLUSIONES

En un mundo muy desigual, donde las haciendas de los países en desarrollo necesitan allegar recursos para cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible, se acentúa la relación entre la fiscalidad internacional y el desarrollo. El sistema fiscal internacional no es suficientemente equitativo y por ello las organizaciones internacionales proponen su mejora. La equidad en el sistema fiscal internacional, en su doble dimensión de aplicación práctica mediante operaciones de erosión de base y traslado de beneficios, y estructural de división de la jurisdicción fiscal, parece disminuida por un sesgo hacia los países desarrollados, debido a razones históricas y políticas. En el mundo globalizado las políticas inclusivas abren nuevos horizontes para enfrentarnos a esas desviaciones.

Transformar el sistema requiere entender que la equidad entre naciones es un principio fundamental que no puede quedar subordinado a la eficiencia económica. El principio de equidad necesita afirmarse en la fiscalidad internacional a partir de su significado histórico y político, ligado a la descolonización, y profundizar en las reformas del Proyecto BEPS a través del Marco Inclusivo de la OCDE para mejorar los resultados de la aplicación práctica del sistema, a la vez que se continúa examinando las cuestiones sistémicas a través de foros multilaterales, en las negociaciones bilaterales de convenios fiscales, e incluso en medidas nacionales como la derivada de la recomendación del G20 para que los países miembros examinen las externalidades de su política de tratados. La consecución de una mayor equidad requiere tratados fiscales de mayor calidad, con cláusulas antiabuso, pero también con resortes que permitan atraer bases a los países de la fuente.

El debate sobre la atribución de resultados dentro del grupo multinacional no está ni mucho menos agotado. Las Directrices de Precios de Transferencia, tras la reforma de BEPS, han supuesto un gran avance en la equidad, y merecen un periodo de crédito antes de volver a proponer la sustitución del sistema por un modelo mundial de imposición unitaria, alternativa irrealizable hoy por hoy porque tiene tres problemas fundamentales: el sistema sería casi tan vulnerable por el abuso de los usuarios como el de los precios de transferencia, la uniformidad del sistema requeriría un difícil consenso político internacional, y la imposición unitaria significa administración y control unitario, algo para lo que la comunidad internacional no está todavía preparada. No obstante, la dirección que está tomando la UE con la BIC sigue manteniendo una cierta incertidumbre sobre el futuro de los precios de transferencia.

Todos los países, desarrollados, emergentes y en desarrollo, digerirán los resultados de BEPS durante los próximos años, pero la cuestión de la mejora estructural de la división de la soberanía fiscal a través de las fronteras seguirá vigente. Se trabajará en otras cuestiones complejas, pero el debate sobre residencia y fuente y sobre imposición unitaria seguirá abierto.

El principio de equidad que hemos delineado en este artículo se impone como una receta sencilla y práctica en el camino para mejorar la justicia contributiva universal a través de esas discusiones que, parece evidente, tendrán lugar cada vez más en escenarios multilaterales como el Marco Inclusivo de BEPS o el Comité de Expertos de Naciones Unidas.

Bibliografía

- ADAM, C. y BEVAN, D. [2004]: «Fiscal policy design in low-income countries», en ADDISON, T. y ROE, A. (eds.), *Fiscal Policy for development*, Palgrave MacMillan.
- AULH, H. [1963]: «The importance of international co-operation in forging tax policy», en *Brooklin Institute of International Law*, n.º 26.
- AUTY, R. [1993]: *Sustaining Development in Mineral Economies: The Resource Curse Thesis*, Londres, Routledge.
- AVI-YONAH, R. S. [2007]: «International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime», *Cambridge Tax Law Series*, Cambridge University Press.
- [2014]: «Splitting the Unsplittable: Toward a Formulary Approach to Allocating Residuals Under Profit Split», en *University of Michigan Law School*, Research Paper 378 [[enlace](#), consulta 16 de enero de 2016].
- AVI-YONAH, R. S.; CLAUSING, K. y DURST, M. [2009]: «Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split», en *Florida Tax Review*, 9, n.º 5, págs. 497-553.
- BAKER, P. [2014]: «An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment», en *International Journal of Economics of Business*, vol. 21, n.º 3.
- BARTHEL, *et al.* [2010]: «The relationship between Double Taxation Treaties and foreign Direct Investment», en *Tax Treaties, Views from the Bridge, building bridges between law and Economics*, en M. LANG, P. PISTONE, J. SUUCH y C. STARINGER (eds.), Ámsterdam, IBFD.

BENSHALOM, I. [2009]: «The New Poor at Our Gates: Global Justice Implications for International Trade and Tax Law», *Faculty Working Papers*, Northwestern University, n.º 172, 61 págs.

BEPS MONITORING GROUP, THE [2015]: *Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project*, 7 de octubre [[enlace](#), consulta 6 de marzo de 2016].

BLONIGEN, B. y DAVIES, R. [2000]: «The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity», en *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series, Working Paper* n.º 7.929, Cambridge Massachusetts, 37 págs.

BLUM, G. [2008]: «Bilateralism, Multilateralism and the Architecture of International Law», en *Harvard International Law*, vol. 49, n.º 2.

BROOKS, K. [2008]: «Inter-Nation Equity. The Development of an Important but Unappreciated International Tax Value», en *Tax Reform in the 21st century*, en KREVER, R. y HEAD, J. G. (eds.), Kluwer Law International, 30 de octubre [[enlace](#), consulta 27 de marzo de 2016].

CAPPELEN, A. [1999]: «National and International Distributive Justice in Bilateral Tax Treaties», 56, en *FinanzArchiv*, NF 424.

– [2001]: «The Moral Rationale for International Fiscal Law», en *Ethics & International Affairs*, vol. 15, n.º 1, marzo.

DAGAN, T. [2000]: «The Tax Treaties Myth», en *New York University Journal of International Law and Policy*, 32, Nueva York, págs. 939-996.

FLEMING, J. C.; PERONI, R. J. y SHAY, S. E. [2001]: «Fairness in International Taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income», en *Florida Tax Review*, vol. 5, n.º 4.

FMI [2005]: *Monetary and Fiscal Policy Design issues in Low-Income Countries*, 8 de agosto [[enlace](#), consulta 31 de marzo de 2016].

– [2014]: *Spillovers in International Corporate Taxation. IMF Policy paper*, 9 de mayo [[enlace](#), consulta 1 de abril de 2016].

– *Revenue mobilisation in developing countries* [[enlace](#), consulta 5 de febrero de 2016].

– [2015]: *World Bank and the IMF Launch Joint Initiative to Support Developing Countries in Strengthening Tax Systems*, 10 de julio [[enlace](#), consulta 3 de marzo de 2016].

FUEST, C. y RIEDEL, N. [2010]: «Tax Evasion and Tax Avoidance in Developing Countries: The Role of International Profit Shifting», *Oxford University Centre for Business Taxation*, 46 págs. [[enlace](#), consulta 25 de enero de 2016].

GRAETZ, M. J. [1997]: «The "Original Intent" of US International Taxation», en *Faculty Scholarship Services*, vol. 46 [[enlace](#), consulta 15 de enero de 2016].

– [2001]: «Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies», en *Tax Law Review*, 54, 261, 1 de enero, 77 págs. [[enlace](#), consulta 25 de enero de 2016].

GUZMAN, A. [1997]: «Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties», en *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, págs. 639-688, 1 de enero [[enlace](#), consulta 7 de febrero de 2016].

HARDING, A. [1933]: *Double Taxation of Property and Income, A Study in the Judicial Delimitation of the Conflicting Claims of Taxing Jurisdiction Advanced by the American States*, Harvard University Press, 326 págs.

- HELLESTEIN, J. F. [1993]: «Federal income Taxation of Multinationals: Replacement of Separate Accounting with Formulary Apportionment», en *Tax Notes*, n.º 60, pág. 1.131, 23 de agosto.
- ICRICT [2015]: *Evaluation of the Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation for the Base Erosion and Profit-Shifting Project of the G20 and OECD*, octubre [enlace, consulta 11 de febrero de 2016].
- KAUDER, L. M. [1993]: «Intercompany pricing and Section 482: A proposal to shift from uncontrolled comparables to formulary apportionment now», en *Tax Notes*, 485, 25 de enero.
- KAUFMAN, N. [1998]: «Fairness and the taxation of international income», en *Law and Policy in International Business*, n.º 29, 145 [extracto en línea, enlace, consulta 5 de marzo de 2016].
- KLEINBARD, E. [2011 y 2012]: «Stateless Income, a Challenge to Tax Policy», en *Tax Notes*, parte 1 del artículo de 5 de septiembre de 2011 [enlace], y parte 2 de 12 de noviembre de 2012 [enlace, consulta en 3 de enero de 2016].
- LANGBEIN, S. I. [1992]: «A Modified fractional apportionment Proposal for Transfer Pricing», en *Tax Notes*, 54, 719, 10 de febrero.
- MILLER, B. F. [1995]: «None are so blind as those who will not see», en *Tax Notes*, 66, pág. 1.023, 13 de febrero.
- NEUMAYER, E.: «Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?», en *Journal of Development Studies*, vol. 43 n.º 8, pág. 1.505.
- OCDE [2008]: *Governance, Taxation and Accountability. Issues and Practices*, 2 de abril [enlace, consulta 5 de febrero de 2016].
- [2013]: *Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*, París, OECD Publishing, 103 págs. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201224-es>
 - [2014]: *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, París, OECD Publishing, 49 págs. DOI <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>
 - [2014]: *Part 1 of a report to G20 Development Working Group on the impact of BEPS in low income countries* [enlace, consulta 25 de enero de 2016].
- ONU: *Objetivos de Desarrollo Sostenible. 17 Objetivos para transformar nuestro mundo* [enlace, consulta 5 de febrero de 2016].
- [2015]: *Tercera Conferencia Internacional de Financiación para el Desarrollo*, 13-16 julio. Naciones Unidas, A/CONF.227/L.1. [enlace, consulta 5 de febrero de 2016].
- PICCIOTTO, S. [2012]: *Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations* [en línea], 9 de diciembre [enlace, consulta 21 de febrero de 2016].
- PICKERING, A. [2013]: «Why negotiate tax treaties?» en *Papers on selected topics in negotiation of tax treaties for developing countries, ITC, Paper*, n.º 1, mayo.
- PISTONE, P. [2010]: «Tax Treaties with developing Countries: a plea for new allocation rules and a combined legal and economic approach», en LANG *et al.*, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD, Ámsterdam.
- RING, D. [2001]: «Prospects for a Multilateral Tax Treaty», en *Brooklyn Journal of International Law*, 26, n.º 4.

THURONYI, V. [2001]: «International Tax Co-operation and a Multilateral Treaty», en *Brooklin Journal of International Tax Law*, n.º 26, pág. 1.641.

UE [2014]: *Tax Revenue Mobilisation in Developing Countries, Issues and Challenges*, abril [[enlace](#), consulta 31 de marzo de 2016].

- [2015]: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*, Bruselas, 17 de junio, COM(2015)32 Final.
- [2016]: *Una fiscalidad equitativa: la Comisión presenta nuevas medidas contra la elusión del impuesto sobre sociedades*, Bruselas, 28 de enero [[enlace](#), consulta 29 de marzo de 2016].

IMPACTO DE LAS ACCIONES DEL PLAN BEPS EN ESPAÑA

Eduardo Martínez-Matosas

Abogado, socio del departamento tributario de Gómez-Acebo&Pombo

Luis Cuesta Cuesta

Abogado, asociado del departamento tributario de Gómez-Acebo&Pombo

EXTRACTO

El Plan de Acción BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), impulsado desde el 2013 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para luchar contra las estrategias de planificación fiscal agresiva de las multinacionales, ha incidido de manera muy relevante en la fiscalidad internacional. Como consecuencia de este plan y el compromiso político alcanzado, los Estados han revisado y actualizado su normativa tributaria para adaptarla a las propuestas incluidas en cada una de las quince (15) acciones del Plan BEPS. Por ello, dado el elevado número de cambios normativos introducidos recientemente en la normativa fiscal española como consecuencia de este nuevo entorno, analizamos en este artículo el impacto concreto de cada una de las acciones del Plan BEPS en España desde un punto de vista práctico, tanto en las medidas particulares adoptadas como su influencia en otros ámbitos.

Palabras clave: Plan Acción BEPS, impuesto sobre sociedades, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y planificación fiscal agresiva.

Fecha de entrada: 28-11-2016 / Fecha de aceptación: 19-12-2016

BEPS ACTION PLAN IMPACT IN SPAIN

Eduardo Martínez-Matosas

Luis Cuesta Cuesta

ABSTRACT

The BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), action plan developed by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) since 2013 to fight against aggressive tax planning strategies of multinationals, has had a significant impact in the international taxation. As a consequence of such action plan and the political commitment achieved, each country has revised and adapted its tax regulations to the proposals included in each one of the fifteen (15) actions comprised in the BEPS plan. For this reason, bearing in mind the high number of tax measures recently introduced in the Spanish tax legislation due to the new tax framework, we analyze in this article, the impact in Spain of each action comprised in the BEPS Plan from a practical point of view, not only as regards the tax measures adopted but also its influence in other aspects.

Keywords: BEPS Action Plan, corporate income tax, Organisation for Economic Co-operation and Development and aggressive tax planning.

Sumario

1. Introducción
2. Impacto de cada acción del Plan BEPS en España
 - 2.1. Acción 1. Economía digital
 - 2.2. Acción 2. Estructuras y transacciones híbridas
 - 2.3. Acción 3. Transparencia fiscal internacional
 - 2.4. Acción 4. Deducciones de intereses
 - 2.5. Acción 5. Prácticas fiscales perniciosas e intercambio de *tax rulings*
 - 2.6. Acción 6. Utilización abusiva de convenios fiscales
 - 2.7. Acción 7. Establecimientos permanentes
 - 2.8. Acción 11. Evaluación y seguimiento de BEPS
 - 2.9. Acción 12. Revelación de mecanismos de planificación agresiva
 - 2.10. Acción 13. Informes país por país
 - 2.11. Acción 14. Resolución de controversias
 - 2.12. Acción 15. El instrumento multilateral
3. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de la crisis financiera y económica mundial, el G20 promovió un proyecto para luchar contra las estrategias de planificación fiscal de multinacionales que aprovechasen los vacíos normativos y los desajustes en las normas fiscales para desviar artificialmente beneficios a jurisdicciones de baja o nula tributación donde ejerzan poca o ninguna actividad económica. Como consecuencia de lo anterior, la tributación global de estas multinacionales a menudo se veía reducida o era incluso nula.

En este sentido, el 19 de julio de 2013, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publicó el Plan Acción contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (*Base Erosion and Profit Shifting* o BEPS), compuesto por 15 acciones, que establecía un periodo de dos años para desarrollar soluciones para los problemas derivados de dichas prácticas.

Este artículo¹ resume brevemente el impacto que ha tenido cada una de estas acciones del Plan BEPS en España hasta el segundo trimestre del 2016².

2. IMPACTO DE CADA ACCIÓN DEL PLAN BEPS EN ESPAÑA

2.1. ACCIÓN 1. ECONOMÍA DIGITAL

En el seno de la amplia reforma fiscal que tuvo lugar en España en el ejercicio 2015, se introdujeron en la Ley 37/1992, del impuesto sobre el valor añadido (IVA), con efectos desde el 1 de enero de 2015, nuevas normas para la determinación del lugar de prestación aplicables a los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión y de televisión, así como a los suministrados por vía electrónica, en línea con el Plan de Acción BEPS de la OCDE y a fin de implantar la directiva del IVA.

¹ Esta publicación es una adaptación del artículo «Host country Spain: Current Status and Practical considerations in the Implementation of BEPS Measures», de Eduardo MARTÍNEZ-MATOSAS y Luis CUESTA, *Tax Management International Forum, Bloomberg BNA*, vol. 37 (agosto 2016).

² Debido a la especialidad de la materia, el impacto de las acciones 8, 9 y 10 relativas a los precios de transferencia no es objeto de análisis en el presente artículo.

Con respecto a la definición de establecimiento permanente (EP), los tribunales tuvieron la oportunidad de expresarse, en el caso *Dell*³, acerca de si una página web puede o no tener la calificación de EP. En dicho caso, ni la Agencia Tributaria ni el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) aceptaron las directrices establecidas en los comentarios del artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE, de conformidad con los cuales una página web operada en un Estado contratante no da lugar a un EP en ese Estado a menos que el servidor que alberga la página esté ubicado físicamente en dicho Estado. La Agencia Tributaria y el TEAC, por el contrario, consideraron que los comentarios no resultaban de aplicación al caso, pues las actividades llevadas a cabo por Dell en España fueron relevantes económicamente (es decir, el comercio, la venta y la entrega). La Audiencia Nacional, por su parte, no procedió en su posterior sentencia al examen de la cuestión acerca de si la página web de Dell podía ser considerada o no un lugar fijo de negocios, razonando, de acuerdo con los criterios de la OCDE, que una página web no tiene en sí un lugar fijo que pueda constituir un EP, por más que el servidor donde se almacena dicha web pueda tener tal carácter.

Asimismo, la economía digital fue uno de los principales aspectos tratados en la resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero del 2016⁴. A este respecto, la Agencia Tributaria establecía como prioridades, entre otras, las siguientes acciones en relación con la economía digital: 1) analizar la información disponible en internet que permita descubrir actividades o rendimientos ocultos; 2) verificar que los fabricantes o prestadores de servicios que comercialicen sus bienes o servicios a través de internet tributen adecuadamente en España, y 3) potenciar las herramientas a disposición de la Inspección Tributaria mediante la ampliación de la información disponible sobre los obligados tributarios con indicadores propios de las redes sociales.

2.2. ACCIÓN 2. ESTRUCTURAS Y TRANSACCIONES HÍBRIDAS

La reforma fiscal del impuesto sobre sociedades en España introdujo, con efectos desde el 1 de enero de 2015, una norma antiabuso⁵ específica con respecto a los productos o instrumentos híbridos, en virtud de la cual los gastos incurridos en transacciones con partes vinculadas son no deducibles cuando, a consecuencia de la dispar calificación del instrumento en cuestión en el país de residencia del emisor y en el país de residencia del tenedor de las participaciones, no se produce ningún ingreso en el país de residencia del tenedor o este ingreso queda exento o sujeto

³ Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 15 de marzo de 2012 (R. G. 2107/2007 [NFJ047352]), Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2015 (rec. núm. 182/2012 [NFJ059322]) y Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (re. núm. 25555/2015 [NFJ063130]).

⁴ Resolución de 22 de febrero de 2016, de la Dirección General de la AEAT, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2016.

⁵ Artículo 15 j) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades.

a un tipo de imposición efectivo de menos del 10%. Por lo tanto, desde la perspectiva del asesoramiento fiscal internacional en España, como consecuencia de esta nueva norma, la primera prioridad ha de ser confirmar que la renta generada en cualquier transacción de carácter internacional esté sometida a tributación en las demás jurisdicciones afectadas.

Asimismo, la Ley del impuesto sobre sociedades establece, con efectos también desde el 1 de enero de 2015, que el nuevo régimen de exención por participaciones no se aplicará a los beneficios cuya distribución genere un gasto deducible para la filial. El origen de la introducción de esta cláusula antiabuso radica en el hecho de que la Administración tributaria en el pasado ya ha cuestionado diversas estructuras internacionales híbridas que comportan situaciones de doble no imposición; en particular, la aplicación del régimen de exención de participaciones a dividendos y pagos de intereses sobre patrimonio neto (*juros sobre o capital propio*) repartidos a accionistas españoles por parte de entidades brasileñas, siendo estos repartos fiscalmente deducibles en Brasil. La Administración tributaria, así como los tribunales, han negado la aplicación del régimen de exención de participaciones en relación con tales pagos, considerándolos intereses en lugar de dividendos, basándose en su naturaleza híbrida⁶.

Finalmente, en relación con los pagos a entidades no residentes, la reformada directiva matriz-filial ha sido transpuesta en nuestro ordenamiento interno con el fin de negar la aplicación del régimen de exención de participaciones cuando el accionista último de la entidad española a la que se pagan los dividendos es residente fuera de la Unión Europea (esto es, cuando la mayoría de los derechos de voto en la matriz española pertenezcan, directa o indirectamente, a personas físicas o jurídicas no residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea, a menos que pueda demostrarse que el establecimiento y funcionamiento de la matriz europea se corresponden con razones económicas válidas y con motivos de negocio sustanciales).

Tal y como se ha expuesto, España ya ha introducido, para evitar los citados desajustes producidos a consecuencia de mecanismos híbridos, no solo cumpliendo las recomendaciones del Plan BEPS de la OCDE, sino también bajo la directiva antievasión fiscal recientemente adoptada por el Consejo de la Unión Europea⁷, que debe ser transpuesta en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros antes del 1 de enero de 2019. Este nuevo marco regulatorio ha supuesto tanto para las

⁶ En sentido contrario a las sentencias de instancias anteriores, el Tribunal Supremo estableció, en su Sentencia de 16 de marzo de 2016 (rec. núm. 2243/2014 [NFJ062383]), que efectivamente las rentas recibidas por sociedades españolas de filiales brasileñas en forma de intereses sobre el patrimonio neto (*juros sobre o capital propio*) son equivalentes en cuanto a su naturaleza jurídica a una distribución de dividendos y, por lo tanto, pueden acogerse al régimen de exención de participaciones en su régimen vigente para los ejercicios iniciados antes del 1 de enero de 2015.

⁷ La Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, establece en su artículo 9 lo siguiente: «1. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago correspondiente. 2. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente».

multinacionales como para los asesores en fiscalidad internacional evitar toda estructura o transacción que pudiera dar lugar a una doble no imposición como consecuencia del uso de mecanismos híbridos.

2.3. ACCIÓN 3. TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Con efectos desde el 1 de enero de 2015, se han reforzado las normas sobre transparencia fiscal internacional (CFC, por sus siglas en inglés) contenidas en la Ley del impuesto sobre sociedades. Como se establece en el preámbulo de dicha nueva ley introducida en el marco de la reforma fiscal, el régimen propuesto estaba en consonancia con la acción 3 del proyecto BEPS de la OCDE y perseguía dos objetivos principales: 1) prevenir el traslado de beneficios fuera de España por razones meramente fiscales y 2) establecer límites al ámbito de aplicación del nuevo régimen de exención de participaciones para dividendos y ganancias patrimoniales.

A este respecto, el principal cambio respecto al anterior régimen de transparencia fiscal internacional es la atribución forzosa a una sociedad española de los ingresos generados por sus filiales no residentes cuando estas no disponen del nivel de recursos humanos y materiales necesarios para llevar a cabo sus actividades (sustancia). Además, la directiva antievasión fiscal⁸ señala que, para asegurar que sus normas acerca de transparencia fiscal internacional suponen una respuesta proporcional a las cuestiones planteadas por el proyecto BEPS, es indispensable que un Estado miembro que limita la aplicación de sus normas sobre transparencia fiscal internacional a los ingresos desviados artificialmente a una filial debería abordar precisamente situaciones en las que la mayoría de las funciones de la toma de las decisiones que condujeron a generar los ingresos desviados al nivel de la filial controlada se lleven a cabo en esos Estados miembros (es decir, el Estado de residencia del sujeto pasivo).

En respuesta a la introducción de las nuevas normas acerca de transparencia fiscal internacional, los grupos españoles se hallan en un proceso de revisión de las estructuras internacionales que incluyan filiales que pudieran desconocer los requisitos de sustancia.

2.4. ACCIÓN 4. DEDUCCIONES DE INTERESES

A diferencia de los casos anteriores, es necesario indicar que las recomendaciones de la acción 4 del Plan BEPS han tenido poco impacto en España en la medida en que desde el 1 de enero de 2012 han entrado en vigor disposiciones que limitan la deducibilidad de los intereses (como norma general, la deducción de los gastos por intereses se limita al 30% del Ebitda, aunque, si no

⁸ El artículo 8 de la directiva antievasión fiscal establece que una sociedad de la Unión Europea que posea directa o indirectamente un mínimo del 50% de las acciones o participaciones de una filial o que tenga un EP sujeto a una baja tasa efectiva de imposición puede ser considerada sujeta al régimen de transparencia fiscal internacional si se cumplen determinadas condiciones.

superan la cuantía de 1 millón de euros, son deducibles sin limitaciones). Apuntada esta cuestión, con efectos desde el 1 de enero de 2015, la reforma fiscal introdujo dos limitaciones adicionales a la deducibilidad de intereses, una en relación con los préstamos participativos y otra en el contexto de operaciones de adquisición de participaciones con apalancamiento:

- Los intereses derivados de préstamos participativos concedidos por sociedades del grupo de la sociedad pagadora de los intereses o mediante otros instrumentos híbridos (por ejemplo, acciones sin voto o acciones rescatables) no son deducibles, con independencia de su tratamiento contable.
- Bajo una nueva medida de prevención del endeudamiento en relación con la adquisición de participaciones en otra sociedad (operaciones LBO), si, después de la adquisición, la sociedad adquirida es incluida en el grupo consolidado de la adquirente o es sometida a una operación de reestructuración empresarial (por ejemplo, una fusión), se impone una limitación a la deducibilidad de los costes financieros, en aras de proteger la actividad de la adquirente frente al peso de los costes financieros incurridos en su adquisición.

Desde una perspectiva práctica, estas limitaciones a la deducción de intereses han ayudado a esclarecer las normas contenidas en el impuesto sobre sociedades. En el pasado, la Agencia Tributaria había recurrido a normas generales antiabuso para cuestionar numerosas estructuras financieras (en particular, las operaciones de compra con apalancamiento). Por este motivo, se espera que las normas específicas en el nuevo marco del impuesto sobre sociedades, inspiradas por el Plan de Acción BEPS, puedan ayudar a proveer seguridad jurídica a los contribuyentes en este campo.

2.5. ACCIÓN 5. PRÁCTICAS FISCALES PERNICIOSAS E INTERCAMBIO DE TAX RULINGS

De acuerdo con el previo régimen de *patent box*, el 60 % de las rentas procedentes de determinados activos intangibles en el campo de la propiedad intelectual estaba exento del impuesto sobre sociedades, quedando el restante 40 % sujeto al tipo impositivo ordinario del 25 %.

En el informe de la acción 5, que trata sobre cómo combatir las prácticas fiscales perjudiciales, la OCDE planteó varios enfoques para asegurar que los incentivos fiscales sean negados en una determinada jurisdicción si en esta no se llevan a cabo actividades sustanciales. El 6 de febrero de 2015, dicha organización publicó un acuerdo sobre normas transitorias en relación con los regímenes de propiedad intelectual existentes, de acuerdo con el cual: 1) no deben introducirse nuevos regímenes preferenciales a partir del 30 de junio de 2016 y 2) los beneficios de los regímenes preferenciales existentes deben dejar de tener efecto antes del 30 de junio de 2021.

En respuesta a lo anterior, el régimen de *patent box* español fue modificado, con efectos desde el 1 de julio de 2016, para adoptar el enfoque del *nexus approach*, apoyado en el informe

final de la acción 5 del Plan BEPS, conforme al cual los beneficios se vinculan a los gastos asociados a la investigación y desarrollo (I+D) en los que haya incurrido el contribuyente. De acuerdo con el nuevo régimen, la exención continuará aplicándose sobre el 60% de las rentas derivadas de la cesión o explotación de la propiedad intelectual y los mecanismos y requisitos para la exención van a permanecer prácticamente inalterados. No obstante, se introduce una nueva ratio que puede limitar o eliminar los beneficios disponibles bajo este régimen en situaciones en las que no ha sido el propio contribuyente quien ha creado el activo intangible (por sus propios medios o por la subcontratación con terceros no vinculados).

Con respecto al intercambio de *tax rulings* (decisiones administrativas con relación a contribuyentes específicos), debe tenerse en consideración que el 8 de diciembre de 2015, el Comité Económico y Financiero de la Unión Europea (Ecofin) adoptó formalmente una propuesta de directiva concerniente al intercambio de información sobre *tax rulings*. Según esta norma, la información relativa a *tax rulings* transfronterizas y a acuerdos previos sobre valoración de precios de transferencia (APA) debe ser intercambiada entre los Estados miembros, incluida España, con efectos desde el 1 de enero de 2017.

2.6. ACCIÓN 6. UTILIZACIÓN ABUSIVA DE CONVENIOS FISCALES

El ordenamiento español contiene una amplia variedad de medidas antiabuso, la más importante de las cuales es el artículo 15 de la Ley General Tributaria, que establece que los tributos deben exigirse por razón de la verdadera naturaleza de un acto o negocio, más que por su forma legal (principio de prevalencia de la sustancia sobre la forma). Además, existen también normas sobre precios de transferencia (basadas en las orientaciones del proyecto BEPS), una limitación general a la deducción de costes financieros (*vid. supra* 4), normas sobre transparencia fiscal internacional (*vid. supra* 3) y una lista negra de países considerados paraísos fiscales. La Administración tributaria se ha valido de estas normas generales antiabuso para cuestionar numerosas estructuras artificiales o faltas de sustancia y negarles en consecuencia los beneficios de exenciones nacionales y de convenios fiscales⁹.

No obstante, España está participando en un grupo específico *ad hoc* que tiene como función el desarrollo de un instrumento multilateral (*vid. infra* 15) en el ámbito de cuya negociación se encuentra impedir la utilización abusiva de convenios fiscales. Es importante tener este hecho presente, ya que las normas antiabuso que potencialmente puedan añadirse a este instrumento multilateral pueden contribuir a reducir el considerable número de disputas que enfrentan a la Administración y los contribuyentes.

⁹ Criterio seguido por los tribunales españoles en las sentencias siguientes: Audiencia Nacional, Sentencias de 31 de mayo de 2012 (rec. núm. 247/2009 [NFJ048041]) y de 3 de junio de 2015 (rec. núm. 264/2012 [NFJ059321]), y Tribunal Supremo, Sentencias de 21 de marzo de 2012 (rec. núm. 5228/2008 [NFJ046934]) y de 4 de abril de 2012 (rec. núm. 3312/2008 [NFJ046767]).

2.7. ACCIÓN 7. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

La acción 7 del proyecto BEPS plantea la necesidad de actualizar la definición de *establecimiento permanente* en los tratados para evitar abusos con respecto a los límites de tal definición mediante determinados instrumentos o acuerdos parecidos (por ejemplo, acuerdos de comisión). La acción 7 persigue, asimismo, evitar la explotación de las excepciones específicas de la definición actualmente existentes, en particular, las relativas a actividades de naturaleza preparatoria y auxiliar, aspecto que es de especial relevancia en el contexto de la economía digital.

Las conclusiones alcanzadas en la acción 7 se han entendido como una confirmación del criterio de función/sustancia promovido por la Administración tributaria¹⁰ en la interpretación del concepto de EP, que se desvía de interpretaciones más literales de la ley invocadas por los contribuyentes basándose en los comentarios de la OCDE. Además, en los últimos años, los tribunales españoles¹¹ han apoyado la posición adoptada por la Administración tributaria.

Teniendo presente lo anterior, es previsible que la Administración tributaria continúe apuntando a la existencia potencial de EP en situaciones similares. Por esta razón, las empresas con estructuras internacionales deberían llevar a cabo un análisis funcional preciso de las sociedades involucradas con vistas a alcanzar una imputación de beneficios más equilibrada en la determinación de retribuciones conformes con el principio de plena competencia para las funciones o servicios intragrupo de más relevancia. En particular, es de vital importancia revisar las estructuras ya vigentes cuando, por razones formales o legalistas, se ha producido una imputación imprecisa de los beneficios generados en España en comparación con la actividad económica real y con las funciones sustanciales llevadas a cabo en este país. Desde una perspectiva práctica, las empresas pueden explorar alternativas para mitigar riesgos potenciales, como por ejemplo incrementar la remuneración acorde con el principio de plena competencia por funciones intragrupo ejecutadas por filiales españolas, o bien obteniendo un APA o un *tax ruling* por parte de la Administración tributaria.

Finalmente, se esperan dos futuras acciones en esta área con efectos en España: 1) la actualización potencial de los comentarios de la OCDE, en línea con las conclusiones alcanzadas en el informe final de la acción 7, y 2) el acuerdo acerca del instrumento multilateral (*vid. infra* 15) como mecanismo para adoptar la interpretación –basada en la sustancia y en la función– de la

¹⁰ Los principales precedentes en el ámbito administrativo son las Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos de diciembre del 2012 (V2457/2012, de 17 de diciembre [NFC046103] y V2454/2012, de 17 de diciembre [NFC046097]) y la Resolución del TEAC de 20 de diciembre de 2012 (Honda) (R. G. 221/2009 [NFJ051072]).

¹¹ Los principales precedentes en la jurisprudencia son la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2010 (M-Real) (rec. núm. 503/2006 [NFJ039718]) y las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2012 (Roche Vitamins) (rec. núm. 1626/2008 [NFJ045817]), de 18 de junio de 2014 (Borax) (rec. núm. 1933/2011 [NFJ054807]) y de 20 de junio de 2016 (Dell) (rec. núm. 2555/2015 [NFJ063130]).

cláusula sobre establecimientos permanentes (art. 5) de los convenios de doble imposición (CDI) suscritos por España¹².

2.8. ACCIÓN 11. EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO DE BEPS

España no ha aprobado ni propuesto ninguna medida para llevar a cabo las recomendaciones del informe final de la acción 11, relativa a la evaluación y seguimiento del Plan BEPS para evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, y pretende, al parecer, dejar que las implante la propia OCDE.

2.9. ACCIÓN 12. REVELACIÓN DE MECANISMOS DE PLANIFICACIÓN AGRESIVA

España no ha aprobado ni propuesto ninguna medida para poner en marcha las recomendaciones del informe final de la acción 11, relativa a exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, y pretende, al parecer, dejar su implantación a la propia OCDE.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el deseo de combatir la planificación fiscal agresiva (junto con las inquietudes acerca de la economía digital, expuestas más arriba, en el apartado 1) fue uno de los principales puntos de la resolución de la Dirección General de la AEAT por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero del 2016. Conforme a este plan, la Administración tributaria se centrará en los siguientes aspectos: 1) en operaciones de adquisición de participaciones por apalancamiento cuya finalidad principal sea generar gastos financieros deducibles en España; 2) en pagos al exterior de especial relevancia por su cuantía u operaciones de mayor complejidad a las que resulten de aplicación medidas antiabuso establecidas en la normativa nacional o en los convenios bilaterales, y 3) en implicaciones, en materia de precios de transferencia, de operaciones de reestructuración empresarial complejas, servicios intragrupo prestados o recibidos y operaciones sobre intangibles relevantes. Por consiguiente, se prestará especial atención a los pagos de cánones e intereses hechos desde España a otros Estados miembros de la Unión Europea en circunstancias que involucren matrices que adolezcan de falta de sustancia¹³.

¹² Debe tenerse en cuenta que España tiene una de las mayores redes de convenios bilaterales (más de 75).

¹³ El 3 de junio de 2015, la Audiencia Nacional emitió una sentencia (rec. núm. 264/2012 [NFJ059321]) en la que negaba la aplicación de la retención del 0% en dividendos conforme a la directiva matriz-filial para la distribución de dividendos por una filial española a su matriz danesa (que era a su vez controlada por una sociedad canadiense, Enbridge). El tribunal concluyó que el beneficiario efectivo de los dividendos era la matriz canadiense porque la danesa carecía de sustancia económica y de un propósito para su constitución.

Finalmente, es importante valorar que el artículo 6 de la directiva antielusión fiscal contiene una norma general antiabuso que dispone lo siguiente:

«A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte».

2.10. ACCIÓN 13. INFORMES PAÍS POR PAÍS

La aprobación, en julio del 2015, del nuevo Reglamento del impuesto sobre sociedades introdujo, entre otras cosas, modificaciones en los requisitos de los informes sobre precios de transferencia. Estos nuevos requisitos reflejan ampliamente las recomendaciones efectuadas por la OCDE con respecto a la acción 13 del Plan BEPS en la que se introducen los informes país por país y se amplían las obligaciones de información relativas al archivo central y al archivo local con efectos para los periodos impositivos que empiecen a partir del 1 de enero de 2016. A partir del año fiscal 2016, las multinacionales con base en España que tengan un volumen de negocios de 750 millones de euros o más deben cumplir un nuevo estándar de informe país por país y deberán presentarlo a lo largo de los 12 meses siguientes al cierre de cada año fiscal. Se espera que los primeros informes país por país sean presentados en el 2017.

España fue también uno de los 31 países que el 27 de enero de 2016 firmaron el llamado Acuerdo Multilateral de Autoridad Competente (MCAA) para el intercambio automático de informes país por país. Este acuerdo pretende facilitar la implantación ágil y coherente de los nuevos estándares de los informes sobre precios de transferencia desarrollados según la acción 13 y permitir a las autoridades tributarias entender cómo las multinacionales estructuran sus operaciones, a la vez que se protege la información confidencial.

Asimismo, el 25 de mayo de 2016, el Consejo Europeo adoptó la modificación de la Directiva 2011/16/UE en relación con el intercambio automático de información obligatorio en el ámbito tributario. Entre otros cambios, el Consejo introdujo el requisito de los informes país por país en el Derecho de la Unión Europea siguiendo las recomendaciones hechas por la OCDE en la acción 13 del proyecto BEPS. La directiva establece que la obligación de preparar informes país por país será aplicable desde el año fiscal comenzado a partir del 1 de enero de 2016 (con algunas excepciones).

De acuerdo con lo expuesto, España fue uno de los primeros países en implantar los informes país por país en su ordenamiento nacional. Las multinacionales con base en España se hallan ahora en el proceso de desarrollar procedimientos internos que les permitan reunir la información necesaria para dar cumplimiento a tales requisitos.

Se prevé que el informe país por país sea usado por la Administración tributaria para evaluar los precios de transferencia y los riesgos BEPS en aras de mejorar la asignación de sus recursos de revisión y de definir sus comprobaciones e investigaciones. A este respecto, el informe de la acción 13 señala expresamente que las autoridades tributarias no deben proponer ajustes a las rentas de los contribuyentes partiendo de fórmulas de distribución basadas en datos de informes país por país y que no debería concederse de inmediato ninguno de tales ajustes en ningún procedimiento de acuerdo mutuo (MAP) al que se acuda en el caso de discrepancias sobre los precios de transferencia. Sin embargo, hay ciertas inquietudes en el mundo empresarial acerca de si estas supuestas garantías realmente atribuyen una protección suficiente a las multinacionales españolas. En líneas generales, esta inquietud se centra en las prácticas relativas a los informes país por país de las autoridades tributarias en jurisdicciones en las que las multinacionales lleven a cabo actividades de bajo valor, de modo que, según el principio de plena competencia, la tributación en estas jurisdicciones será menor.

Al mismo tiempo, el informe país por país puede contener informaciones competitivas de alta sensibilidad sobre las multinacionales españolas. La OCDE recomienda que las autoridades tributarias apliquen salvaguardas legales sistemáticas para asegurar que no se filtra información competitiva a través de los informes país por país, que toda la información incluida en dichos informes permanezca confidencial y que la Administración tributaria de la jurisdicción de la residencia del contribuyente pueda negarse a compartir informes con países en los que no se establezcan estas salvaguardas. A pesar de ello, recientes filtraciones de información confidencial gubernamental en la prensa no dan demasiada seguridad a las multinacionales españolas de que la confidencialidad de su información esté garantizada.

2.11. ACCIÓN 14. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

España apoya el informe de la acción 14 del Plan de Acción BEPS, «Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias», que representa, de acuerdo con la OCDE, un compromiso por parte de los países participantes de implantar un estándar mínimo con respecto a la resolución de disputas.

Los principios del estándar mínimo implican asegurar lo siguiente:

- Que las obligaciones contraídas en virtud de los convenios sobre MAP se apliquen plenamente y de buena fe.
- Que los procedimientos administrativos fomenten la supresión y la resolución tempestiva de todo conflicto de interpretación o aplicación de los convenios.
- Que los contribuyentes tengan acceso a los procedimientos amistosos cuando reúnan las condiciones para ello.
- Que los casos sean resueltos toda vez que sean objeto de un MAP.

España es uno de los 20 países que se han comprometido a ofrecer arbitraje vinculante obligatorio en sus CDI como forma de garantizar que las disputas relacionadas con los convenios sean resueltas en un marco temporal específico, en consonancia con los principios del estándar mínimo de la acción 14. Se espera que el instrumento multilateral (*vid. infra* 15) también incluya cláusulas de resolución de disputas y arbitraje vinculante obligatorio entre jurisdicciones.

Desde el punto de vista de los especialistas en materia de fiscalidad internacional en España, la implantación y la mejora de los mecanismos de resolución de disputas son cruciales para evitar la doble imposición de las multinacionales españolas, ya que una de las mayores preocupaciones derivadas del proyecto BEPS es el incremento potencial de las disputas entre jurisdicciones (en particular, como resultado de las acciones 7 y 13).

2.12. ACCIÓN 15. EL INSTRUMENTO MULTILATERAL

Como ha sido apuntado previamente en el contexto de las discusiones sobre otras acciones del proyecto BEPS, España participa en un grupo específico *ad hoc* que tiene como función el desarrollo de un instrumento multilateral utilizado para modificar los convenios bilaterales existentes a fin de reflejar los resultados del proyecto BEPS sin la necesidad de renegociar cada convenio individualmente.

3. CONCLUSIONES

La conclusión final es que el Plan de Acción BEPS ha tenido un impacto significativo en el sistema tributario español. España fue uno de los primeros países en introducir y desarrollar las medidas fiscales recomendadas en el proyecto BEPS, siendo casi todas ellas introducidas en el marco de la reforma fiscal del 2015. El «espíritu BEPS» ha sido acogido también por los tribunales españoles. Así, ha habido varias sentencias en las que el tribunal correspondiente¹⁴ ha defendido la aplicación del estricto criterio de la Administración en relación con las compras apalancadas (operaciones LBO) por referencia directa al entorno BEPS de la OCDE. Es indiscutible que la iniciativa BEPS ha tenido una influencia de *soft law* en España, y ello ha dado como resultado que las empresas y los asesores especializados en fiscalidad internacional están revisando –caso por caso– las estructuras ya en vigor y las operaciones propuestas a fin de asegurar que dan cumplimiento a los estándares BEPS.

Por último, como consecuencia del nuevo escenario tras el Plan de Acción BEPS, resulta aconsejable para las empresas que el consejo de administración lleve a cabo una revisión de

¹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2015 (rec. núm. 188/2014 [NFJ057488]) y de 12 de febrero de 2015 (rec. núm. 184/2014 [NFJ060761]).

la gestión del riesgo fiscal, a la luz de los nuevos estándares, nacionales e internacionales, de transparencia, suministro de información y cumplimiento cooperativo, impulsados por las recomendaciones de la OCDE y la Unión Europea. Es decir, las empresas no solo han de verificar el cumplimiento de la nueva normativa aprobada tras el Plan de Acción BEPS, sino que también deben promover una política adecuada de responsabilidad social corporativa que identifique las prácticas con riesgo fiscal, estableciendo los procedimientos, métodos y sistemas que permitan el control de dicho riesgo y su gestión.

UN NUEVO EPISODIO SOBRE LA AMORTIZACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO ESPAÑOL. TGUE VS. TJUE: ¿NOS ENCONTRAMOS ANTE UNA AYUDA DE ESTADO?

Análisis de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P

María del Carmen Cámara Barroso

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario.
UDIMA*

EXTRACTO

El pasado 21 de diciembre de 2016, el TJUE se pronunció sobre los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P, que tenían por objeto dos recursos de casación relativos a la consideración como ayuda de Estado de la amortización del fondo de comercio financiero derivado de adquisiciones de sociedades en el extranjero prevista en el artículo 12.5 de nuestro TRLIS. Con su pronunciamiento, el TJUE anuló las sentencias del TGUE por las que se anulaban dos decisiones de la Comisión en las que se declaraba que dicha medida debía calificarse de ayuda de Estado por entender que la Comisión no había acreditado suficientemente el carácter selectivo de la medida nacional. Con su sentencia, el TJUE, que no ha resuelto de forma definitiva sobre el fondo del asunto, ha acordado la devolución del mismo al TGUE para que se pronuncie sobre el carácter discriminatorio de la medida y sobre alguno de los motivos de impugnación que no fueron analizados en su momento.

1. SUPUESTO DE HECHO

El 7 de noviembre de 2014, el Tribunal General de la Unión Europea (en adelante, TGUE) dictó dos sentencias, asunto T-219/10 –*Autogrill España/Comisión*– (NFJ056281) y asunto T-399/11 –*Banco Santander y Santusa/Comisión*– (NFJ056280), que anulaban las Decisiones de la Comisión Europea por las que se declaraba incompatible con el régimen de ayudas de Estado de la Unión Europea una norma española, contenida en el artículo 12.5 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (en adelante, TRLIS), que permitía la amortización del fondo de comercio financiero que se pusiera de manifiesto en la adquisición de participaciones de sociedades extranjeras¹.

Esta ventaja consistía en la posibilidad de deducir como gasto la amortización del denominado fondo de comercio financiero cuando una sociedad española adquiría participaciones significativas (de, al menos, un 5%) en entidades no residentes en territorio español (gravadas por un impuesto extranjero análogo al impuesto sobre sociedades), siempre que dichas participaciones se mantuvieran, de manera interrumpida, durante al menos un año².

Como consecuencia de la publicación de sendas decisiones, se obligaba a las empresas que se habían visto beneficiadas por el régimen contenido en el artículo 12.5 del TRLIS a reintegrar el importe de las cuotas que hubieran dejado de ingresar –con sus correspondientes intereses de demora– al declararse dicha ventaja como contraria al Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, con la anulación de dichas decisiones por parte del TGUE, dicha obligación de reintegro desapareció.

¹ A través del asunto T-219/10 (NFJ056281) se anuló la Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 2009 relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C-45/07 aplicada por España. Dicha Decisión se limitaba a las adquisiciones realizadas en el interior de la Unión Europea. Por su parte, con el asunto T-399/11 (NFJ056280) se anuló la Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011 relativa a la amortización del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C-45/07 aplicada por España. En virtud de la misma, la Comisión adoptó una decisión negativa con orden de recuperación en relación con la ayuda concedida a los beneficiarios en virtud de la legislación impugnada al realizar adquisiciones fuera de la Unión Europea. No obstante, con base en el principio de confianza legítima, la Comisión decidió limitar el alcance de la obligación de recuperación contenida en ambas decisiones hasta la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la Decisión de la Comisión de incoar el procedimiento de investigación formal con arreglo al artículo 88, apartado 2, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –en adelante, TCE–, esto es, el 21 de diciembre de 2007.

² El fondo de comercio se determinaba deduciendo el valor de mercado de los activos materiales e inmateriales de la empresa participada del precio de adquisición pagado por la participación. Esta diferencia era deducible de la base imponible con el límite anual máximo de la veintava parte de su importe.

Las demandantes, Autogrill España, SA y Banco Santander, SA/Santusa Holding, SL, sostenían en sus respectivos recursos que el régimen controvertido no tenía carácter selectivo en el sentido del (entonces vigente) artículo 87 del TCE³.

Por su parte, la Comisión, que sí consideraba que el régimen controvertido era contrario al régimen de ayudas de Estado, se basaba en la existencia de una analogía entre la ventaja concedida en este caso (exportación de capital) y la ventaja concedida en el caso de exportación de bienes, que había sido declarada por la Comisión como medida selectiva⁴.

A grandes rasgos, la labor del TGUE residía en determinar si la norma constituía una medida general o si, por el contrario, tenía carácter selectivo. Como sabemos, el método tradicional de análisis aplicable a la selectividad en materia tributaria requiere examinar si, teniendo en cuenta el «marco de referencia», dicha medida constituye una ventaja para determinadas sociedades en comparación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable⁵.

En sus decisiones, la Comisión consideró que el «marco de referencia» era el régimen español general del impuesto sobre sociedades, entendiendo que la medida controvertida tenía como consecuencia la aplicación a las empresas que tributaban en España y que adquirían participaciones en sociedades establecidas en el extranjero de un tratamiento fiscal diferente del que se aplicaba a las empresas que tributaban en España pero que, por el contrario, adquirían participaciones en sociedades establecidas en España (a pesar de que, en principio, estas dos categorías de empresas se encontraban en situaciones comparables). En definitiva, la Comisión consideró que el fin último de esta norma era el de favorecer la exportación de capital desde España.

Sin embargo, a juicio del TGUE, la determinación de una categoría de empresas que sean las únicas favorecidas por la medida en cuestión es un requisito necesario para el reconocimiento de la

³ Dicho artículo se encuentra recogido a día de hoy en el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) donde se establece que: «serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

⁴ La Comisión Europea, mediante decisión C (2006) 444 final, de 22 de marzo de 2006, adoptada en el asunto Ayuda de Estado n.º E 22/2004-España, consideró que el artículo 37 del TRLIS, bajo la rúbrica «deducción por actividades de exportación», ofrecía una ventaja con arreglo al artículo 87, apartado 1, del TCE.

⁵ En este sentido, el TGUE, en su asunto T-219/10 (NFJ056281), apartado 33, señalaba lo siguiente: «la calificación de una medida fiscal nacional como "selectiva" presupone, en un primer momento, la identificación y el examen previos del régimen fiscal general o "normal" aplicable en el Estado miembro de que se trate. A la luz de este régimen fiscal general o "normal" debe apreciarse, en un segundo momento, el eventual carácter selectivo de la ventaja otorgada por la medida fiscal de que se trate asegurándose de que dicha medida supone una excepción al referido régimen general en la medida en que introduce distinciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al sistema fiscal de dicho Estado miembro, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable [...]. En su caso, en un tercer momento, procederá examinar si el Estado miembro de que se trate ha logrado demostrar que la medida está justificada por la naturaleza o la estructura del sistema en el que se inscribe».

existencia de una ayuda de Estado, pues el artículo 107 del TFUE (en aquel momento, art. 87 del TCE) dispone que la ventaja debe favorecer a «determinadas empresas o producciones».

El TGUE entendió que, aun suponiendo que se hubiera demostrado la existencia de una excepción al «marco de referencia» identificado por la Comisión, dicha excepción no permitía por sí sola afirmar que la medida controvertida favorece a «determinadas empresas o producciones» pues esta era, en principio, accesible para cualquier sujeto pasivo, no dirigiéndose a ninguna categoría particular de empresas o de producciones, sino más bien a una categoría de operaciones económicas.

Partiendo de este razonamiento, el TGUE concluyó que no pueden incluirse en una única categoría las empresas beneficiarias que no comparten ninguna característica propia que permita distinguir las de las demás empresas, más allá del hecho de que puedan satisfacer los requisitos a que se supedita la aplicación de la medida.

También se pronunció el TGUE sobre la relación entre el criterio de la selectividad y la posible afectación a la competencia, señalando que son dos criterios que no deben mezclarse, puesto que el criterio de la selectividad debe ser apreciado únicamente en términos de derecho nacional.

Por último, por lo que respecta a la posible similitud del caso con la deducción por actividades a la exportación a la que hemos hecho referencia anteriormente, el TGUE consideró que en aquel caso el ámbito de aplicación de la medida (art. 37 del TRLIS) no solo contemplaba la adquisición de participaciones en sociedades directamente relacionadas con la actividad de exportación de bienes o servicios, sino que en el presupuesto de la norma se incluían, además, otras actividades, por lo que podía entenderse que aquella ventaja se reservaba a determinadas empresas (y, en particular, a aquellas que realizan actividades de exportación), y no exclusivamente a determinadas operaciones económicas.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Como sabemos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ejerce un control sobre la actividad del TGUE a través del recurso de casación previsto en el artículo 256 del TFUE y en los artículos 56 a 61 del Estatuto del TJUE⁶. La interposición del recurso debe llevarse a cabo, con carácter general, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la resolución impugnada.

⁶ Debemos tener en cuenta que la revisión del asunto tramitado en primera instancia se limita únicamente a las cuestiones de Derecho plasmadas en la resolución impugnada. De acuerdo con los artículos 169 y 170 del Reglamento de Procedimiento del TJUE el objeto del recurso de casación solo puede referirse a dos tipos de pretensiones: a) la anulación total o parcial de la resolución del TGUE impugnada, tal y como figura en su fallo; y b) la estimación de todas o parte de las pretensiones que se adujeron en primera instancia. En consecuencia, el recurrente no puede añadir ninguna pretensión nueva que modifique el objeto del litigio planteado ante el TGUE.

Mediante los recursos de casación C-20/15 P y C-21/15 P, la Comisión europea solicitó tanto la anulación de la Sentencias T-219/10 (NFJ056281) y T-399/11 (NFJ056280) del TGUE por las que, como hemos señalado anteriormente, dicho tribunal anulaba las decisiones 2011/5/CE y 2011/282/UE, como la devolución de los respectivos asuntos al TGUE.

Para fundamentar sus recursos de casación, la Comisión alegó un motivo único, estructurado en dos partes, basándose en un error de Derecho del TGUE al interpretar el requisito de la selectividad.

Mediante la primera parte de su motivo único, la Comisión reprochaba al TGUE un error de Derecho al haberle impuesto, con objeto de demostrar el carácter selectivo de la medida, la obligación de señalar un grupo de empresas con características propias al que la ventaja fiscal contenida en el artículo 12.5 del TRLIS resultase de aplicación.

A juicio del TGUE, correspondía a la Comisión, que entendía que dicha medida constituía una excepción al «marco de referencia», demostrar que esta medida, pese a conferir a su juicio una ventaja de alcance general (pues podía favorecer al conjunto de aquellas empresas que llevasen a cabo tales operaciones), se otorgaba exclusivamente a determinadas empresas o a determinados sectores de actividad.

La Comisión reprochó asimismo al TGUE un error de Derecho por haber declarado que una medida como la controvertida no era selectiva por estar relacionada con la compra de activos específicos (participaciones en sociedades extranjeras) y, en principio, no excluir de sus ventajas a ninguna categoría de empresas.

Por su parte, el TJUE entiende que, por lo que respecta al requisito de la selectividad, su apreciación requiere que se determine si, en el marco de un régimen jurídico determinado, la medida nacional en cuestión puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen.

A juicio del TJUE, aunque el TGUE declaró que, en todo caso, debe identificarse una categoría particular de empresas que sean las únicas favorecidas por la medida en cuestión, tal exigencia adicional de identificación de una categoría particular de empresas no se deduce de su propia jurisprudencia.

Así, según se desprende de la jurisprudencia reiterada del TJUE, es suficiente para considerar que una medida de excepción a un régimen tributario común es selectiva con que se demuestre que la medida favorece a determinados operadores y no a otros cuando el conjunto de esos operadores se encuentra en una situación objetivamente comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el régimen tributario común.

En este sentido, contrariamente a lo que declaró en su momento el TGUE, para demostrar la selectividad de una medida, no puede exigirse que la Comisión identifique determinadas ca-

racterísticas propias y específicas, comunes a las empresas que disfrutan de la ventaja fiscal, que permitan distinguirlas de aquellas que quedan excluidas de él. El TJUE entiende que es suficiente con que la medida tenga el efecto de situar a las empresas beneficiarias en una situación más ventajosa que la de otras empresas.

Del mismo modo el tribunal consideró que el hecho de que el número de empresas que puedan acogerse a una medida nacional sea muy significativo –o de que dichas empresas pertenezcan a sectores de actividad diferenciados– no es suficiente para desvirtuar su carácter selectivo y, en consecuencia, para excluir la calificación de ayuda de Estado.

Asimismo, el tribunal entendió que el posible carácter selectivo de la medida controvertida no quedaba desvirtuado por el hecho de que el requisito esencial para conseguir la ventaja fiscal otorgada por esta medida se refiera a una operación económica (y, en particular, a una operación financiera) que no está acompañada de un importe mínimo de inversión y que es independiente de la naturaleza de la actividad de las empresas beneficiarias.

El TJUE llega a la conclusión de que el TGUE incurrió en error de Derecho al anular parcialmente las decisiones controvertidas por no haber determinado la Comisión una categoría dada de empresas favorecidas por la medida fiscal en cuestión, sin comprobar si la Comisión había efectivamente analizado y demostrado el carácter discriminatorio de esa medida.

Por lo que respecta a las ayudas a la exportación invocada en las decisiones controvertidas (segunda parte de su motivo único), la Comisión reprochó al TGUE el haber introducido una distinción artificial entre las ayudas a la exportación y las ayudas a la exportación de capitales, pues, con cierta lógica, entiende que, al no haber diferencia alguna entre ambas actividades, la medida controvertida tenía carácter selectivo por los mismos motivos que las medidas sobre las ayudas a la exportación invocadas en las decisiones controvertidas.

En otro orden de ideas, apoyando la tesis de la Comisión, el TJUE estimó que el TGUE incurrió en error de Derecho al declarar que esa jurisprudencia no versaba sobre el requisito relativo a la repercusión en la competencia y en los intercambios comerciales. En concreto, el tribunal señaló que una medida como la controvertida, que pretende favorecer las exportaciones, puede considerarse selectiva si beneficia a las empresas que realizan operaciones transfronterizas, en particular operaciones de inversión, en detrimento de otras empresas que se encuentran en una situación comparable, en relación con el objetivo perseguido por el régimen tributario de que se trate, y lleven a cabo operaciones similares en el territorio nacional.

En consecuencia, el TJUE entendió que, al estar fundado el motivo único de la Comisión en sus dos partes, procedía estimar el recurso de casación y, en consecuencia, anular la resolución del TGUE.

En el artículo 61 del Estatuto del TJUE se señala que, cuando se estime el recurso de casación, el TJUE anulará la resolución del TGUE. En tal caso, el TJUE podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al

TGUE para que este último lo resuelva. En caso de devolución, el TGUE estará vinculado por las cuestiones de derecho dirimidas por la resolución del TJUE.

En este caso, dado que el TGUE había estimado dos recursos de anulación sin haber examinado tres de los cuatro motivos invocados en cada uno de estos recursos y no haber comprobado, al examinar el primer motivo de dichos recursos, si las empresas que no reunían los requisitos para conseguir la ventaja fiscal concedida por la medida controvertida se encontraban, en relación con el objetivo perseguido por el régimen tributario en cuestión, en una situación fáctica y jurídica comparable a la de las empresas favorecidas por esa medida, procedía devolver ambos asuntos al TGUE⁷.

3. COMENTARIO CRÍTICO

Es innegable que el de las ayudas de Estado es un tema que ha ocupado muchas páginas en los últimos tiempos, especialmente por lo que se refiere a las ventajas fiscales selectivas ofrecidas por algunos países a grandes compañías como Apple, Fiat o Starbucks, en su gran mayoría relacionadas con los mecanismos de precios de transferencia⁸.

A nuestro juicio, los pronunciamientos del TGUE supusieron un importante cambio de rumbo por lo que respecta a la interpretación del criterio de selectividad en su aplicación a normas de naturaleza tributaria (y, en concreto, en lo que se refiere a la distinción entre normas generales y selectivas). El razonamiento del TGUE fue que la medida no era selectiva porque no beneficiaba a un grupo específico de empresas (y que, en consecuencia, cualquier sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades podía beneficiarse de ella). En definitiva, se entendía que el régimen no se dirigía a ninguna categoría particular de empresas, sino a una categoría de operaciones económicas.

⁷ En el asunto T-219/10 (NFJ056281) los motivos invocados fueron los siguientes: el primero se basa en un error de Derecho en la aplicación del requisito de selectividad realizada por la Comisión; el segundo, en que la medida no tiene carácter selectivo debido a que la distinción que establece se deriva de la naturaleza o de la estructura del sistema en el que se inscribe; el tercero, en que la medida no proporciona ninguna ventaja a las sociedades a las que se aplica el régimen controvertido; y el cuarto, en que, en lo que respecta tanto al criterio de selectividad como al de existencia de una ventaja, la Decisión impugnada carece de motivación. En el asunto T-399/11 (NFJ056280) se invocaron cinco motivos: el primero se basa en un error de Derecho en la aplicación del requisito de selectividad realizada por la Comisión; el segundo, en un error en la identificación del sistema de referencia; el tercero, en que la medida no tiene carácter selectivo debido a que la distinción que establece se deriva de la naturaleza o de la estructura del sistema en el que se inscribe; el cuarto, en que la medida no proporciona ninguna ventaja a las sociedades a las que se aplica el régimen controvertido; y el quinto, en que, en lo que respecta tanto al criterio de selectividad como al de existencia de una ventaja, la Decisión impugnada carece de motivación. Tanto en una como en otra, únicamente se analizó el primer motivo por el TGUE.

⁸ En tal sentido nos parece interesante destacar la entrada en vigor, a partir del 1 de enero de 2017, de las nuevas normas de transparencia para los acuerdos tributarios en virtud de las cuales los Estados miembros estarán obligados a intercambiar automáticamente la información sobre todos los nuevos acuerdos tributarios con efecto transfronterizo que hayan formulado.

¿Tiene sentido que la mera exigencia del cumplimiento de una serie de requisitos para la aplicación de un determinado incentivo fiscal sea catalogada como una ayuda de Estado prohibida por el artículo 107 del TFUE? Entendemos que esto entraría en directa colisión con el principio de soberanía fiscal, especialmente predicable en el ámbito de la fiscalidad directa, y supondría una intromisión desmesurada por parte de la Comisión en la normativa interna de los distintos Estados miembros.

En tal sentido, nos parece interesante traer aquí las palabras de MALVÁREZ PASCUAL cuando señala que «los criterios aplicados en estos últimos años por las instituciones europeas han llevado a calificar como selectivas numerosas medidas de carácter general, dirigidas a una pluralidad de destinatarios y cuyo ámbito de aplicación no se restringía *a priori* por la norma»⁹.

Sin embargo, era previsible que si la Comisión interponía un recurso de casación ante el TJUE, este corrigiese el razonamiento del TGUE, en la medida en que se apartaba de su jurisprudencia. No obstante, como hemos señalado anteriormente, para tener una resolución definitiva sobre la existencia (o no) de ayuda de Estado habrá que esperar a que el TGUE dicte su nueva sentencia (que volverá a ser susceptible de recurso de casación ante el TJUE).

A grandes rasgos, con su pronunciamiento, el TJUE ha declarado que una medida de carácter fiscal debe considerarse selectiva, independientemente de su carácter más o menos general, siempre que introduzca una diferencia de trato entre sujetos pasivos que se encuentren en una situación fáctica o jurídica semejante. A su juicio, la Comisión únicamente estaba obligada a demostrar que el artículo 12.5 del TRLIS, pese a conferir una ventaja de alcance general para todas aquellas empresas que llevasen a cabo la adquisición de entidades en el extranjero, la otorgaba exclusivamente a determinadas empresas o a determinados sectores de actividad.

Por último, señalar que entendemos que, una vez casadas las sentencias que anularon las decisiones de 2009 y 2011, tales decisiones vuelven a ser aplicables, reactivándose la obligación de recuperación por parte de las autoridades españolas. Recuperación esta que también resulta de aplicación en virtud de lo ordenado en la Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 2014 relativa a la ayuda estatal ejecutada por España, sobre una interpretación administrativa del artículo 12.5 del TRLIS, a tenor de la cual se entendía que las empresas que podían continuar aplicando el régimen también podían amortizar fiscalmente el fondo de comercio financiero derivado de la adquisición indirecta de participaciones mediante la adquisición de sociedades *holding* extranjeras.

⁹ MALVÁREZ PASCUAL, L. A.: «La doctrina del Tribunal General de la UE en el caso de la amortización fiscal del fondo de comercio financiero: un cambio de criterio de alcance general en la distinción entre medidas generales y selectivas», *Quincena Fiscal*, n.º 22, 2014, págs. 127-158.

¿COMPATIBILIDAD DE LA REGLA DE INVERSIÓN DEL SUJETO PASIVO EN EL SECTOR DE LOS RESIDUOS CON LA DENEGACIÓN DEL DERECHO A DEDUCIR EL IVA SOPORTADO?

Análisis de la SAP de Guipúzcoa de 5 de febrero de 2016 (rec. núm. 1035/2014) y del ATS de 2 de junio de 2016 (rec. núm. 437/2016)

Mercedes Ruiz Garijo

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos*

EXTRACTO

La comercialización de residuos ha venido siendo un sector económico propenso al fraude fiscal en los últimos años. En particular, a las denominadas operaciones de fraude carrusel. Por ello, desde el año 2003 se viene aplicando la regla de inversión del sujeto pasivo (ISP) en el impuesto sobre el valor añadido (IVA), evitando la falta de ingreso de las cuotas repercutidas por parte de los proveedores y, a su vez, la deducción de dichas cuotas, como IVA soportado, por parte del destinatario de las mismas, lo que se traduce en un importante perjuicio económico para la Hacienda pública. En muchos casos estas operaciones están orquestadas por varios empresarios: el destinatario no es que desconozca el fraude sino que incluso lo consiente mediante la emisión de facturas sin un contenido real por parte de otros empresarios que realmente no son con los que se ha contratado.

La regla de ISP da lugar a numerosas confusiones, en cuanto a su funcionamiento, que tienen que ver con la inteligibilidad de la estructura misma del IVA. Creemos, de este modo, que una falta de entendimiento acerca de la misma podría frustrar el objetivo perseguido que, como se ha indicado, es la prevención del fraude fiscal, especialmente en el IVA. Y esto es lo que, en nuestra opinión, ha sucedido en las sentencias que comentamos. En ellas, la regla del ISP parece mezclarse con la denegación del derecho a deducir las cuotas soportadas que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sería otro mecanismo autónomo para prevenir el fraude fiscal en el IVA, de aplicación excepcional y diferente de la ISP. Según esto, en este comentario analizaremos en qué sentido ambas medidas se pueden aplicar conjuntamente así como los efectos que deberían derivarse de su aplicación (o de su inaplicación) en cuanto a la posibilidad de tipificar y sancionar una conducta infractora así como en la posibilidad de valorar la existencia de un perjuicio económico para la Hacienda pública y, por tanto, la existencia de un delito fiscal.

1. SUPUESTO DE HECHO

La sociedad COHIMET, dedicada al negocio del comercio de materiales de recuperación, realizó operaciones de compraventa de chatarra, adquiriéndola a proveedores no identificados entre los años 2005 y 2008. A efectos del IVA declaró facturas falsas, de compras a una serie de empresas, que no habían sido las que verdaderamente habían vendido el material, y todas ellas caracterizadas por carecer de inmuebles, vehículos, trabajadores e incluso de consumos de suministros suficientes para haber realizado las citadas ventas. En todas estas empresas se apreció, además, un escaso tiempo de actividad (inferior a dos años). Como consecuencia de ello, la Hacienda foral de Guipúzcoa consideró que se encontraban ante las denominadas «empresas trucha», por lo que denegó el derecho a la deducción del IVA soportado a la sociedad COHIMET, amparándose en la Directiva comunitaria 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del IVA, así como en la jurisprudencia del TJUE.

La cuestión principal analizada en el pronunciamiento que comentamos radica en la apreciación o no de delito fiscal. La Sala de instancia consideró que la denegación del derecho a la deducción de las cuotas soportadas del IVA no implicaba la existencia o comisión de un delito fiscal. Y ello porque, según la Sala de la Audiencia Provincial, desde la aprobación de la Ley 62/2003, de 30 de septiembre, en el sector de la chatarra resulta aplicable la regla de la ISP (también conocido como *inversión contable* o *reverse charge mechanism*). A su parecer, la entidad no se apropió de cantidad alguna derivada de la aplicación del IVA, porque ninguna cantidad había repercutido ni ninguna había recaudado, y el delito fiscal exige que la conducta realizada cause a Hacienda un perjuicio económico, que exceda de 120.000 euros. El fraude se habría producido solamente a efectos del impuesto sobre sociedades y no del IVA. No obstante, la Hacienda foral nada acreditó sobre este fraude, ni siquiera existió acusación en el proceso penal.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en Auto de 2 de junio de 2016 (rec. núm. 437/2016 [NFJ064950]), rechazó la admisión del recurso de casación formalizado por la Hacienda foral de Guipúzcoa, confirmando el criterio de la Sala de la Audiencia Provincial.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Dos son los pronunciamientos que avalan la doctrina de la Sala de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, criterio que es ratificado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. El primero se refiere a la no deducibilidad de las cuotas soportadas por IVA en aquellos casos en los cuales el derecho a la deducción se invoca de forma fraudulenta o abusiva. El segundo se refiere a la regla de ISP en el IVA y a su trascendencia práctica en el caso que nos ocupa.

El primer pronunciamiento se desarrolla acudiendo a las normas contenidas en la Directiva comunitaria 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre, y a la jurisprudencia de la Unión Europea. Se parte del hecho de que la entidad recurrente se aplicó la correspondiente deducción presentando no las facturas expedidas por los verdaderos proveedores de la chatarra que adquirió (que nunca fueron identificados durante el proceso) sino por otras empresas que no fueron las que le suministraron la chatarra sino sociedades instrumentales, sin actividad económica, cuyo único propósito era la expedición de facturas falsas de las que pudiese beneficiarse la entidad recurrente.

La Sala de la Audiencia Provincial que comentamos señala como el TJUE ha dictado numerosas sentencias en aplicación de la directiva citada, en relación con el derecho de los sujetos pasivos a deducir el IVA de que son deudores, el IVA soportado: «dichas sentencias proclaman que "... corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales denegar el derecho a la deducción cuando resulte acreditado, mediante datos objetivos, que este derecho se invoca de forma fraudulenta o abusiva... [...] la Directiva [...] se opone a que un sujeto pasivo deduzca el IVA que figura en las facturas emitidas por un prestador de servicios cuando, aunque la prestación se haya realizado, resulte que no ha sido efectivamente realizada por ese prestador o por su subcontratista particularmente porque no disponían de personal, de los recursos materiales ni de los activos que serían necesarios para prestar el servicio [...] siempre que se cumpla la doble condición de que tales hechos sean constitutivos de un comportamiento fraudulento y que, teniendo en cuenta los elementos objetivos presentados por las autoridades tributarias, se demuestre que el sujeto pasivo sabía o debería haber sabido que la operación invocada para fundamentar el derecho de deducción formaba parte de dicho fraude [...] Por consiguiente, [...] corresponde a las autoridades tributarias competentes acreditar de forma suficiente en Derecho los datos objetivos que permitan llegar a la conclusión de que el sujeto pasivo sabía o debería haber sabido que la operación en la que se basa el derecho a la deducción formaba parte de un fraude cometido por el proveedor o por otro operador anterior o posterior de la cadena de entregas..."» (fundamento de derecho quinto, con cita de las Sentencias de 13 de febrero de 2014, asunto C-18/13, caso *Maks Pen* [NFJ053404]; de 6 de diciembre de 2012, asunto C-285/11, caso *Bonik* [NFJ049266]; de 21 de junio de 2012, asunto C-80/11, caso *Mahageben* [NFJ047391]; de 8 de mayo de 2008, caso *Ecotrade Spa*, asuntos acumulados C-95/07 y 96/07 [NFJ028276]; de 27 de septiembre de 2007, asunto C-146/05, caso *Albert Collee* [NFJ026419], y de 1 de abril de 2004, asunto C-90/02, caso *Finanzamt Gummersbach* [NFJ016128]).

En opinión de la Sala de instancia, ha resultado acreditado que la entidad recurrente se nutría de facturas de proveedores falsos, ya que no fueron los que efectivamente suministraron la chatarra. La entidad actuó concertando con los auténticos proveedores, para ocultarlos, y con los falsos proveedores, para dotarse de facturas de estos. Tomó parte de un fraude fiscal («no era un adquirente de buena fe en un contesto de mala fe, sino que COHIMET actuó de mala fe»). Siendo así, consideran que la denegación por parte de la Hacienda foral de Guipúzcoa del derecho a deducir las cuotas de IVA soportadas resulta justificada y es proporcional, acorde con la normativa vigente y con la interpretación del TJUE). El Tribunal Supremo confirmó este mismo criterio, amparándose en sentencias anteriores (Sentencias de 15 de marzo de 2013, rec. núm. 6664/2010

[NFJ065330]; de 28 de enero de 2013, rec. núm. 3272/2010 [NFJ050182]; y de 12 de noviembre de 2012, rec. núm. 6460/2010 [NFJ065329]).

El segundo pronunciamiento de la Sala de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa es el relativo a la regla de ISP que, a su vez, le sirve para declarar la inexistencia de un perjuicio económico a la Hacienda foral y, por tanto, la no concurrencia de uno de los requisitos para apreciar el delito fiscal del artículo 305 del Código Penal. La Sala tiene en cuenta la aplicación de la regla de ISP que se introdujo en la Ley del IVA por la Ley 62/2003, según la cual la declaración del IVA repercutido por la compra de la mercancía no le corresponde al vendedor, sino al comprador («se trata de evitar que el proveedor desaparezca y se quede con el impuesto que ha repercutido, teniendo el comprador un crédito con Hacienda» [fundamento de derecho cuarto]).

Pues bien, en opinión de la Sala, la aplicación de esta regla implica que exista equivalencia entre el IVA devengado y el IVA soportado. El comprador pasa a ser sujeto pasivo pero «tal comprador no es el consumidor final, sino un intermediario, debe declarar la compra, como hemos indicado, consignando su correspondiente cuota de IVA, como soportada deducible, sin que se produzca ningún ingreso efectivo de dinero hasta la venta del consumidor final, que en el caso de la chatarra será la fundición» (fundamento de derecho sexto). En virtud de todo ello se considera que la entidad recurrente no se ha apropiado de ninguna cantidad derivada de la aplicación del IVA, porque ninguna ha repercutido y ninguna ha recaudado. En la medida en que el tipo del delito fiscal requiere que la conducta realizada cause a Hacienda un perjuicio concreto, evaluable económicamente y superior a 120.000 euros, en el orden penal la conducta de la entidad recurrente no sería punible. Este criterio fue igualmente ratificado por el Tribunal Supremo, absolviendo del delito fiscal referido a la defraudación del IVA.

3. COMENTARIO CRÍTICO

La sentencia objeto de este comentario constituye un pronunciamiento importante en la tributación de los materiales de recuperación y en la aplicación de la regla de ISP como mecanismo de prevención de fraude fiscal en el IVA que, como es sabido, rompe la regla general de que el sujeto pasivo es el empresario que entrega el bien o presta el servicio (art. 84.Uno.1.º de la Ley del IVA). La inversión supone que son sujetos pasivos los empresarios o profesionales para quienes se realicen las operaciones sujetas. Como ha indicado la doctrina, la ISP convierte al IVA en un impuesto monofásico que recae únicamente en las adquisiciones finales en fase minorista. El empresario que realiza la operación únicamente se convertirá en recaudador del IVA repercutido al consumidor final, IVA que ingresaría únicamente en esta última fase.

En relación con los materiales de recuperación, la regla de ISP se introdujo en la Ley 62/2003. Hasta entonces la entrega de estos materiales estaba exenta del IVA con la posibilidad, no obstante, de renunciar a la aplicación de la exención (art. 20.Uno.27 de la Ley del IVA). A partir de 2003 se suprimió la exención y se introdujo un nuevo supuesto de ISP a favor de las entregas de

desechos nuevos de industria, desperdicios y desechos de fundición, residuos y demás materiales de recuperación constituidos por metales férricos y no férricos, sus aleaciones, escorias, cenizas y residuos de industria que contengan metales o sus aleaciones (art. 84.Uno.2.º c) de la Ley del IVA). Este nuevo supuesto en la práctica se ha traducido en la posibilidad de que los empresarios dedicados a vender los citados materiales tengan derecho a la devolución del IVA soportado en sus compras, a diferencia de otras entidades, como las fundaciones.

La regla de ISP es un mecanismo excepcional muy importante para la prevención del fraude fiscal, en operaciones en cadena que se dan en determinados sectores económicos, en relación con el IVA. Así se vino presentando en los documentos de la Comisión Europea que culminaron con la publicación de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre (modificada por la Directiva 2010/23/UE, de 16 de marzo), en la que se justifica que «los Estados miembros puedan hacer recaer la responsabilidad del pago del IVA en el destinatario de las entregas de bienes o prestaciones de servicios. Esta medida ayudaría a los Estados miembros a simplificar las normas y a luchar contra la evasión y el fraude fiscales en sectores específicos y en relación con determinados tipos de operaciones». El artículo 199 de la citada directiva autoriza, de este modo, que los Estados miembros puedan disponer que la persona deudora del IVA sea el sujeto pasivo destinatario, para determinadas operaciones entre las que se encuentra «la entrega de material usado, material usado no reutilizable en el estado en que se encuentra, desechos, residuos industriales y no industriales, residuos reciclables, residuos parcialmente transformados y determinados bienes y servicios».

La regla de inversión se refiere, como decimos, a determinados sectores económicos susceptibles de fraude fiscal y afecta a la estructura tradicional y a los dos pilares básicos del IVA: el repercutido y el soportado. Por un lado, evita que el sujeto pasivo que efectúa la entrega del bien no realice la repercusión o que la realice y no la ingrese en el Tesoro público. Correlativamente, por otro lado, evita que el sujeto pasivo destinatario de la operación, que ha soportado la cuota repercutida, solicite la devolución de un impuesto que no ha sido ingresado en la Hacienda pública, con un claro perjuicio económico para esta. Elimina el riesgo de que el proveedor se quede con el IVA que ha repercutido, que es lo realmente constitutivo del fraude en las operaciones en cadena. En definitiva, con esta regla se determina un traspaso de la obligación de pagar el IVA a la persona destinataria de la entrega o prestación. Este destinatario de la operación es, a la vez, sujeto pasivo del impuesto (debiendo repercutir la cuota tributaria correspondiente) y tercero repercutido, soportando la misma cuota en concepto de IVA deducible.

En la práctica, la regla de inversión suponía, con anterioridad a 2011, la obligación del destinatario de emitir una autofactura (o lo que se ha denominado vulgarmente como «autorrepercusión»). El artículo 165.Uno de la Ley del IVA disponía que en los supuestos de ISP, «a la factura expedida, en su caso, por quien efectuó la entrega de bienes o prestación de servicios correspondiente o al justificante contable de la operación se unirá una factura que contenga la liquidación del impuesto». Sin embargo, a partir de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, para tener derecho a la deducción del IVA soportado, lo que debe exclusivamente anotarse en el libro de facturas recibidas es la factura recibida del proveedor (o justificante contable de la operación).

Creemos conveniente hacer estas aclaraciones porque, en nuestra opinión, la sentencia y el auto del Tribunal Supremo que comentamos han incurrido en una pequeña confusión sobre el sentido y significado de la ISP y sobre su compatibilidad con otra medida antifraude como es la negativa del derecho a deducir el IVA soportado.

En particular, la denegación justificada del derecho a deducirse el IVA soportado (por ser el destinatario de la operación partícipe en un fraude de IVA) ha servido en esta sentencia, en nuestra opinión erróneamente, para eximir de la obligación de repercutir el IVA. Las consecuencias son extraordinarias. Se ha entendido que la denegación del derecho a deducir el IVA soportado (en tanto que el destinatario de la operación ha sido partícipe, incluso autor, de un fraude fiscal mediante la creación de sociedades pantalla o empresas denominadas «empresas trucha»), también neutraliza la obligación de repercutir que se da como consecuencia de la regla de inversión. Con todo ello se concluye en la ausencia de perjuicio económico para la Hacienda y, en consecuencia, la no concurrencia de un delito fiscal.

Esta denegación, en concurrencia con la regla de ISP, resultaría, no obstante, algo discutible.

El TJUE ha defendido que el derecho a la deducción no puede verse limitado en la medida en que afecta negativamente al principio de neutralidad, un principio fundamental del sistema común de dicho impuesto. En este sentido, «el régimen de deducciones tiene por objeto descargar completamente al empresario del peso del IVA devengado o pagado en el marco de todas sus actividades económicas. El sistema común del IVA garantiza, por lo tanto, la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas, cualesquiera que sean los fines o los resultados de las mismas» (véanse, entre otras, las Sentencias de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax y otros* [NFJ021677]; de 6 de julio de 2006, asuntos acumulados C-439/04 y C-440/04, *Kittel y Recolta Recycling* [NFJ022972]; y de 22 de diciembre de 2010, asunto C-438/09, *Dankowski* [NFJ041108]).

Posteriormente se ha introducido esta posibilidad, tal y como relata la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en su sentencia, en aquellos casos en los que nos encontremos ante operaciones de fraude en cadena y siempre y cuando resulte acorde con el principio de proporcionalidad, debiendo ser las autoridades fiscales nacionales las que acrediten los datos objetivos que permitan llegar a la conclusión de que el sujeto pasivo sabía o debería haber sabido que la operación en la que se basa el derecho a la deducción formaba parte de un fraude. Y aquí es donde radica el problema en la mayoría de los casos: en acreditar el conocimiento de dicho fraude. Por ello, algunos autores (FALCÓN Y TELLA) han considerado, muy acertadamente, que si la existencia del fraude en una fase anterior se conoce y puede probarse, nos encontraríamos normalmente ante un supuesto de colaboración en la comisión de una infracción tributaria, y, por tanto, ante un supuesto de responsabilidad solidaria, conforme al artículo 42.1 a) de la Ley General Tributaria.

La Hacienda foral ha hecho uso de la jurisprudencia más reciente del TJUE denegando el derecho a la deducción del IVA soportado en un supuesto donde se aplica, además, la regla de ISP. El resultado, sin embargo, nos resulta un tanto incoherente en la medida en que debería ha-

berse traducido en la obligación del adquirente de los materiales de ingresar el IVA que estaba obligado a autorrepercutirse en aplicación de la citada regla y, por tanto, en el caso planteado, se hubiese traducido en un perjuicio económico y en la existencia de un delito fiscal.

En cualquier caso, en nuestra opinión, la negativa del derecho a deducir no debería haber llevado a neutralizar el funcionamiento de la regla de ISP y la obligación de repercutir el IVA que, en este caso, corresponde también al destinatario de la operación por aplicación de la regla de ISP. El hecho de que no exista derecho a deducción porque este haya sido denegado por causas justificadas (lo cual podría ser discutible en este caso) no exime de la obligación de repercutir el impuesto.

En este sentido, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en una reciente Resolución de 20 de octubre de 2016 (NFJ064910), ha recordado que «en los supuestos de inversión del sujeto pasivo, el sujeto pasivo debe autorrepercutirse el impuesto. Dicho impuesto es simultáneamente IVA autorrepercutido e IVA soportado que puede deducirse por el adquirente cuando concurren los requisitos establecidos al efecto en la ley». Esto implica que «si el sujeto pasivo tiene derecho a la deducción total del IVA soportado no procede ingreso alguno efectivo como consecuencia de la autorrepercusión efectuada». Por el contrario, si el sujeto pasivo no tiene derecho a la deducción, sí que procederá ingreso.

Cuando la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo en su auto consideran que en tanto que no existe derecho a la deducción del IVA soportado tampoco existe obligación de repercutir el IVA, están haciendo, en nuestra opinión, una aplicación errónea de la regla de inversión y, por tanto, estarían desconociendo la finalidad de la misma que, justamente, es prevenir el fraude fiscal que se da en el IVA en un doble sentido. La inversión, como hemos indicado, pretende asegurar que quien se deduzca el IVA soportado lo haga en la medida en que exista IVA repercutido y este haya sido ingresado en el Tesoro público. Y se asegura haciendo que él mismo realice la repercusión. Son dos actos distintos que, en ningún caso, deben verse anulados mutuamente.

Además, el hecho de neutralizar la obligación de repercutir por la denegación de la deducción del IVA soportado habría impedido apreciar la concurrencia de una conducta infractora, sancionable e imputable al destinatario de los materiales, sujeto pasivo y tercero repercutido del IVA. En particular, se trataría de una infracción grave, según el artículo 170.Dos.4.º de la Ley del IVA, que se refiere a «la no consignación en la autoliquidación a presentar por el periodo correspondiente de las cantidades de las que sea sujeto pasivo el destinatario de las operaciones conforme a los números 2.º y 3.º del apartado uno del artículo 84 o del artículo 85 de esta ley». La sanción: multa pecuniaria proporcional del 10% de la cuota correspondiente a las operaciones no consignadas en la autoliquidación (art. 171 de la Ley del IVA).

Debemos llamar la atención de que la aplicación incorrecta de la regla de ISP podría, en algunos casos, traducirse en un perjuicio económico en la medida en que quienes entregan los materiales sí tendrían derecho a la deducción del IVA soportado en fases previas. El Real Decreto

87/2005, de 31 de enero, mediante una reforma del artículo 30 del Reglamento del IVA reconoció el derecho a la devolución del IVA soportado en cada trimestre a favor de aquellos empresarios que realizasen las operaciones en las que se aplica la regla de inversión del artículo 84.Uno.2.º c) de la Ley del IVA (este sistema posteriormente se modificó por RD 2126/2008, de 26 de diciembre, que reguló el régimen general de devolución mensual para todos los empresarios que reúnan determinados requisitos). Es decir, a los vendedores de chatarra y de materiales de recuperación que, en la medida en que no repercutían IVA (por ser sujeto pasivo el comprador), no podían recuperar de la Hacienda pública de forma inmediata las cuotas que soportaban por sus adquisiciones de bienes y servicios (ante la insuficiencia de cuotas devengadas de las que eran sujetos pasivos). Este derecho se reconoció, en nuestra opinión, teniendo en cuenta que la repercusión que estos empresarios estarían obligados a realizar va a ser hecha por el destinatario de la operación, en aplicación de la regla de ISP.

Volviendo a la interpretación que se realiza en los pronunciamientos que comentamos, observamos como se aplican concurrentemente dos mecanismos de fraude. Esta aplicación, sin embargo, debería haberse traducido en la obligación del destinatario de ingresar el IVA que debía autorrepercutirse por los bienes que ha recibido (aplicando la regla de ISP): la compra de materiales de recuperación. La omisión de esta obligación se habría traducido en un perjuicio económico para la Hacienda pública y, por tanto, la comisión de un delito fiscal en contra del criterio mantenido por la Audiencia Provincial.

Este planteamiento, sin embargo, hubiese obligado a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa a hacer un análisis sobre la procedencia de la denegación de la deducción del IVA soportado en aquellos casos en los que resulta de aplicación el mecanismo de ISP. En nuestra opinión, se podría afirmar, por un lado, que en tanto que la regla de inversión ya evita el fraude fiscal, la denegación de la deducción resultaría injustificada, por innecesaria, como medida adicional, no pudiendo ampararse en los pronunciamientos del TJUE. En todas las sentencias citadas anteriormente, la denegación de la deducción se admitió como medida exclusiva antifraude, sin concurrencia con otras. En el mismo sentido, en dos de las Sentencias del Tribunal Supremo citadas (de 15 de marzo de 2013, rec. núm. 6664/2010 [NFJ065330]; y de 28 de enero de 2013, rec. núm. 3272/2010 [NFJ050182]), se admitió la denegación del derecho a la devolución de las cuotas soportadas en relación con periodos impositivos en los que regía todavía el régimen de exención (con posibilidad de renuncia) y no la regla de ISP. No así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012, rec. núm. 6460/2010 (NFJ065329) en la que sí que parece admitirse la aplicación concurrente de ambos mecanismos para justificar la imposición de una sanción por dejar de ingresar la cuota del IVA. Este quizás debería haber sido el criterio de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa pero con un resultado distinto: admitir la concurrencia de ambos mecanismos antifraude le hubiese debido llevar a apreciar la existencia de un perjuicio económico para la Hacienda pública.

La otra postura, como nosotros mantenemos, hubiese sido defender la aplicación de la regla de ISP como medida suficiente para evitar el fraude fiscal en la operación objeto de litigio lo cual, como venimos sosteniendo, sería incompatible con la denegación del derecho a la

deducción del IVA soportado. Esta argumentación hubiese dotado de una mayor coherencia a la sentencia que comentamos, además de que habría evitado introducir un grado innecesario de confusión acerca de la regla de ISP. El resultado hubiese sido el mismo. Siendo suficiente la regla de inversión, y sin denegarse la deducción del IVA no se habría producido un perjuicio económico y se respetaría la neutralidad del impuesto. Sí se habría incumplido, no obstante, la obligación de repercusión del impuesto y, por tanto, habría sido sancionable tal y como hemos indicado anteriormente. No consta claramente en la sentencia comentada, sin embargo, la imposición alguna de sanciones.

En cualquier caso, los materiales de recuperación se verían gravados en la siguiente fase de comercialización de los residuos o chatarra, destinados a su transformación en la fundición. Es decir, con la aplicación correcta y exclusiva de la regla de ISP no se hubiese «roto» la dinámica o estructura del impuesto. Conviene tener presente, de este modo, que el IVA no solamente grava el consumo sino también el valor añadido en cada una de las fases de producción de un bien o servicio (en la directiva comunitaria se califica como impuesto sobre el volumen de negocios). Para alcanzar este doble objetivo se establece, como es sabido, el sistema de repercusión-deducción del impuesto para los empresarios y los profesionales. Incluso, en aquellos casos en los que entra en juego la regla de inversión.

Bibliografía

- ÁLVAREZ ARROYO, R. [2013]: «Los nuevos supuestos de inversión del sujeto pasivo en el IVA: instrucciones de uso», *Carta tributaria. Monografías*, núm. 6.
- CALVO VÉRGEZ, J. [2013]: «La nueva inversión del sujeto pasivo en el IVA», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (marzo).
- CASAS AGUDO, D. [2009]: «Inversión del sujeto pasivo o "reverse charge", límites temporales y requisitos formales del derecho a la deducción en el IVA y principio comunitario de proporcionalidad», *Crónica tributaria*, núm. 131.
- CUBERO TRUYO, A. [2016]: «Operaciones internacionales en el IVA: la consolidación del principio de tributación en destino», en CUBERO TRUYO, A. (dir.): *Hacienda Pública y dimensión internacional de la riqueza*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 13-27.
- DE MIGUEL CANUTO, E. [2013]: «Supuestos de inversión del sujeto pasivo en la lucha contra el fraude», *Quincena fiscal*, núm. 21.
- EREÑO GARCÍA, O. [2006]: «La inversión del sujeto pasivo en el sector de los residuos», *Fórum fiscal de Álava*, mes 5.
- FALCÓN Y TELLA, R. [2007]: «La inversión del sujeto pasivo en las entregas de teléfonos móviles y microprocesadores realizadas en el Reino Unido: un posible ejemplo a seguir», *Quincena fiscal*, núm. 14.
- GARCÍA NOVOA, C. [2004]: «La deducción del IVA soportado en los supuestos en que el destinatario es sujeto pasivo del impuesto», *Jurisprudencia Tributaria*, 2004-III.

RUIZ HIDALGO, C. [2014]: «La inversión del sujeto pasivo como medida de reacción rápida en el IVA para la lucha contra el fraude fiscal», en ADAME MARTÍNEZ, F. y RAMOS PRIETO, J. (coords.): *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*.

SIMÓN ACOSTA, E. [2005]: «El IVA y la chatarra», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 676.

VILLAR EZCURRA, M. [2014]: «La inversión del sujeto pasivo como recurso técnico y medida antifraude en el IVA», *Quincena fiscal*, núm. 7.

SOBRE LA PRETENDIDA EXENCIÓN EN EL IRPF DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD PAGADA POR EL INSS Y OTRAS ENTIDADES INTEGRADAS EN EL RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

Análisis de la STSJ de Madrid de 6 de julio de 2016 (rec. núm. 967/2014) y de la STSJ de Andalucía de 27 de octubre de 2016 (rec. núm. 337/2015)

Manuel Lucas Durán

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Alcalá. Madrid*

EXTRACTO

En 2016 el TSJ de Madrid ha considerado que, a tenor del artículo 7 h) de la LIRPF, las pensiones por maternidad pagadas por el INSS deben entenderse exentas del IRPF. Sin embargo, el TSJ de Andalucía/Sevilla ha defendido justo la posición contraria tan solo unos meses más tarde. Ante la posibilidad abierta por el TSJ de Madrid, muchas personas están reclamando a la AEAT la devolución de lo que, según tal órgano judicial, serían ingresos tributarios indebidos. Ahora bien, ¿qué futuro alberga a tales reclamaciones administrativas y, eventualmente, judiciales? En las líneas que siguen se intenta despejar dicha duda.

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad «La residencia como punto de conexión para la aplicación del Derecho. Especial referencia a la fiscalidad» (DER2015-63533-C4-2-P), del cual el autor es investigador principal, proyecto coordinado con otros tres: «La residencia fiscal ante la diversidad de poderes tributarios desde la perspectiva del País Vasco» (DER2015-63533-C4-1-P), cuyo investigador principal es Isaac MERINO JARA; «La residencia fiscal como elemento vertebrador de los distintos niveles de imposición en el ámbito de Derecho común» (DER2015-63533-C4-3-P), cuyo investigador principal es Juan CALVO VÉRGEZ; y «La residencia fiscal desde la perspectiva del ordenamiento foral de Navarra» (DER2015-63533-C4-4-P), cuyo investigador principal es Antonio VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA. Quisiera agradecer a mis compañeros Tomás GARCÍA LUIS y Eduardo LÓPEZ AHUMADA los amables comentarios en relación con el objeto de este trabajo, aun cuando, obviamente, cualquier error que en el mismo se contenga no es atribuible sino a su autor.

1. SUPUESTO DE HECHO

En las resoluciones judiciales comentadas el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid y de Andalucía (Sevilla) debaten sobre la exención en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) de la prestación de maternidad pagada generalmente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) –u otras entidades integradas en el régimen de la Seguridad Social– durante las 16 semanas ininterrumpidas de descanso legalmente reconocidas para supuestos de parto, adopción y tutela, así como guarda o acogimiento preadoptivos¹. Dicha prestación, de la que pueden beneficiarse uno u otro progenitor –o ambos–, así como adoptantes, guardadores o acogedores, es una subvención pública equivalente al sueldo de la persona trabajadora que suspende su contrato de trabajo para el cuidado del infante recién nacido, adoptado, guardado o acogido².

Pues bien, el presente trabajo versa sobre el gravamen en el IRPF de la prestación por maternidad antes referida. Ello es así porque, según el criterio de algunos contribuyentes, tal renta se encuentra entre los supuestos previstos en el artículo 7 h) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas (LIRPF), cuestión que había sido negada por la Administración³ y, particularmente, por el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Madrid en Resoluciones desestimatorias de 23 de abril de 2007 y 18 de febrero de 2014, así como por el TEAR de Andalucía de 20 de febrero de 2015. Pues bien, las impugnaciones de dos de las citadas resoluciones dieron lugar a las sentencias que se comentan en el presente trabajo.

2. DOCTRINA DEL TSJ DE MADRID

El TSJ de Madrid indica escuetamente y sin gran esfuerzo exegético, en el fundamento jurídico tercero de su Sentencia de 6 de julio de 2016⁴, en relación con el tenor del artículo 7 h) de la LIRPF, que:

¹ Como es conocido, el periodo de 16 semanas puede ser ampliado en supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiple, discapacidad, hospitalización del recién nacido, etc. (*cf.* art. 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores).

² *Cfr.* apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49 a) y b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; así como artículos 177 a 182 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Ello no obstante, el supuesto referido también se podría haber planteado en relación con la pensión de paternidad prevista con unos efectos similares (*cf.* apartado 7 del art. 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el art. 49 a) y b) del RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; así como arts. 183 a 185 del RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). En cualquier caso, las conclusiones obtenidas de las resoluciones judiciales comentadas parecen extensibles a tal supuesto.

³ *Cfr.* contestación de la Dirección General de Tributos V3163/2013, de 24 de octubre (NFC049412), a consulta tributaria.

⁴ Recurso núm. 967/2014 (NFJ064395).

«[...] se añadió [cabe entender que por la citada Ley 35/2006] en ese texto legal un nuevo párrafo, el tercero, que se refiere, en general, al alcance de la exención de las prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad, sin distinguir la procedencia de las prestaciones y solo es en el cuarto párrafo donde se aclara que estarán exentas también las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las comunidades autónomas o entidades locales.

No hay que olvidar que el Instituto Nacional de la Seguridad Social es una entidad gestora de la Seguridad Social, con personalidad jurídica propia, adscrita al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través de la SESS, que tiene encomendada la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social.

De ahí que la prestación por maternidad percibida por la actora de ese ente público tiene que estar forzosamente incluida en el tercer párrafo del artículo 7 h) LIRPF, ya que ese precepto reconoce tal beneficio tributario, con carácter general, en su párrafo tercero y lo que hace en el párrafo cuarto es ampliar el beneficio fiscal a las prestaciones que tengan procedencia de otros entes públicos, ya sean locales o autonómicos.

Por ello, la interpretación que realiza la AEAT de la regulación legal no es acertada, ya que se queda en el párrafo cuarto para denegar la exención pretendida de la prestación por maternidad, sin tener en cuenta la redacción del tercer párrafo».

En resumidas cuentas: parece entender el TSJ de Madrid que las prestaciones por maternidad se encuentran incluidas entre las de nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad.

A pesar de la repercusión social que ha tenido la sentencia comentada, lo cierto es que tal doctrina había sido ya mantenida hace tiempo por una resolución previa de la misma sección de dicho órgano judicial (STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2010, rec. núm. 1085/2007 [NFJ038527]), que se pronunció sobre la redacción anterior de la norma de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas. En tal sentencia se basaba la decisión del tribunal en un criterio similar, al indicarse en su fundamento jurídico cuarto:

«[...] debe tenerse en cuenta que en el párrafo primero no se hace mención a las prestaciones por maternidad, pero en el párrafo segundo sí se refiere a ellas cuando alude a las percibidas por las comunidades autónomas o entidades locales, debiendo considerar que la referencia que se realiza en el segundo párrafo trata de ampliar el contenido del primero a las percibidas por las comunidades autónomas o entidades locales, pues parece que trata de efectuar en el primero una descripción de los supuestos de forma pormenorizada, y en el segundo párrafo parece realizar una referencia genérica, lo que conduciría a considerar que en el primer apartado también se encuentran comprendidas las prestaciones por maternidad. De otra forma no se alcanzaría a comprender la razón de la inclusión en el primer párrafo de las prestaciones por materni-

dad a cargo del y la inclusión solo de las prestaciones por maternidad percibidas de las comunidades autónomas o entidades locales, interpretación que parece determinaría la exclusión de la exención de los supuestos incluidos en el primer párrafo cuando se perciban de las comunidades autónomas o entidades locales».

Adicionalmente –y a renglón seguido– recogía tal resolución judicial de 2010 una alusión a la exposición de motivos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que introdujo la mencionada exención. En opinión del citado tribunal, tal exposición de motivos se refería de forma genérica a las prestaciones públicas percibidas por nacimiento, parto múltiple, adopción, maternidad e hijo a cargo (a título de mero enunciado de las medidas aprobadas), aun sin especificar lógicamente las particularidades que la norma recogía en relación con cada una de ellas. Indica la resolución judicial de 2010 citada, en su fundamento jurídico tercero:

«El Legislador parece que ha querido incluir en la exención no solo las prestaciones por maternidad percibidas de las comunidades autónomas o entidades locales, como se aprecia del examen de la exposición de motivos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que introdujo la mencionada exención en la Ley 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y pasó al Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En dicha exposición de motivos se expresa: "En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en primer lugar, se establece la exención de las prestaciones públicas percibidas por nacimiento, parto múltiple, adopción, maternidad e hijo a cargo, entre las que se incluyen las prestaciones económicas por nacimiento de hijo y por parto múltiple previstas en el Real Decreto Ley 11/2000, de 14 de enero...". Del texto contenido en la referida exposición de motivos se desprende que la exención que se establece comprende la prestación de maternidad y no solo las de nacimiento, parto múltiple, adopción e hijo a cargo, pues se refiere expresamente a la prestación por maternidad y no parece pretender que su alcance se limite a las concedidas por las comunidades autónomas o entidades locales, sino que trata de establecer la exención de todas las prestaciones por maternidad, sin distinción del órgano público del que se perciban, lo que conduce a estimar que el párrafo segundo trata de extender el alcance del primer párrafo a las percibidas de las comunidades autónomas o entidades locales, pero ya considerando incluidas las prestaciones de maternidad en el primer párrafo».

Lo relevante de la STSJ de Madrid de 2016, que ahora se comenta, tiene que ver con dos aspectos básicos: por un lado, existen dos resoluciones del mismo órgano y en idéntico sentido sobre la misma exención (aunque contenida en dos normas diferentes), pudiendo apreciarse una línea jurisprudencial consolidada a nivel del territorio de la Comunidad de Madrid; pero, adicionalmente, existe una interpretación de la *actual* LIRPF y no del precepto de una norma anterior en el tiempo.

3. DOCTRINA DEL TSJ DE ANDALUCÍA

A diferencia del TSJ de Madrid, el TSJ de Andalucía (Sevilla) ha realizado una interpretación contraria del artículo 7 h) de la LIRPF, antes referido, en un supuesto similar. Así, el citado órgano judicial en Sentencia de 27 de octubre de 2016⁵, fundamentos jurídicos tercero y cuarto, ha indicado al respecto:

«[...] No se trata, pues, de las prestaciones a que se refiere el párrafo 1.º de aquel artículo 7 h) de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de las que se ocupa aquel Capítulo IX del Título II del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, consistentes en asignaciones económicas por hijos menores afectados por minusvalía, y en prestaciones económicas, de pago único por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas, y por parto o adopción múltiples (artículo 181 del TBLGSS).

La prestación por maternidad tampoco encuentra encaje en el párrafo 2.º de aquel precepto de la Ley 35/2006, que para los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, se remite al 1.º en lo que respecta a las situaciones contempladas.

Lo mismo puede decirse de las "... las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad...", a que se refiere el apartado 3.º de la norma, coincidentes con las del apartado 1.º salvo en lo relativo a su procedencia, que en este caso debe ser también pública pero de un organismo distinto del estatal.

Precisamente por esta procedencia, la prestación por maternidad que se trata tampoco puede incluirse en las previstas por el párrafo 4 del precepto, limitadas las recibidas de la Administración, autonómica o local.

[...] La cabal atención al tenor de la norma que la contempla es suficiente para rechazar la pretendida exención de la prestación que ahora se trata en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sin que otra cosa pueda extraerse de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que introdujo esa medida en la precedente Ley 40/1998, de 9 de diciembre, en términos sustancialmente coincidentes con los empleados por la norma hoy vigente, y sin, que, más concretamente, a ello obsten los términos empleados por su exposición de motivos al referirse en tal sentido al establecimiento de la "... exención de las prestaciones públicas percibidas por nacimiento, parto múltiple, adopción, maternidad e hijo a cargo...", términos estos cuyo alcance genérico permite entenderlos sin esfuerzo como referidos a las prestaciones por nacimiento procedentes de comunidades autónomas y entidades locales, sí incluidas efectivamente en la exención.

⁵ Recurso núm. 337/2015 (NFJ064918).

Por lo demás, tampoco la inclusión en el beneficio fiscal de estas otras prestaciones por maternidad de origen autonómico o local, significa que deban incluirse igualmente en ella las estatales, extensión que además de contrariar aquella prohibición básica de aplicación analógica de normas de este tipo, puede encontrar su explicación en el conveniente control por el Estado del coste global de las prestaciones procedentes de sus propias arcas (es decir, el importe resultante de su pago y del gravamen fiscal que sobre ellas recaen), utilidad que, naturalmente, no podía obtener respecto de las prestaciones procedentes de otras Administraciones. Más sencillamente, con este desigual tratamiento el Legislador estatal, en ejercicio de la libertad de configuración que ostenta, habría limitado la exención de tales prestaciones a aquellas que exceden de las que con carácter general el sistema de Seguridad Social reconoce a favor de los trabajadores y empleados públicos, sometiendo estas otras al impuesto».

Esto es, el TSJ de Andalucía defiende justamente lo contrario de lo que indicara previamente el TSJ de Madrid: que las prestaciones por maternidad satisfechas por el INSS y otras entidades integradas en la Seguridad Social no resultan exentas del IRPF.

4. COMENTARIO CRÍTICO

Habida cuenta de las dos interpretaciones judiciales antes referidas, y defendiendo una y otra posiciones contrarias, es evidente que la polémica está servida y que el Tribunal Supremo habrá de dirimir en casación, tarde o temprano, la cuestión controvertida.

A fin de intentar aportar elementos de discusión a la hermenéutica del precepto debatido y, en su caso, mencionar las vías de actuación que caben a los contribuyentes, se contienen en los epígrafes siguientes algunos comentarios en cuanto a exégesis normativa, posibles impugnaciones de los actos administrativo-tributarios que denieguen la exención de prestaciones por maternidad, así como una breve mención a la problemática constitucional que pudiera adicionalmente alegarse por los contribuyentes.

4.1. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LAS EXENCIONES CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 7 H) DE LA LIRPF

El artículo 7 h) de la LIRPF constituye un precepto muy técnico que recoge la exención en el IRPF de prestaciones familiares reconocidas por determinados organismos públicos, entre las que estarían, según el tenor literal de la norma, las siguientes:

1. Las **prestaciones familiares** reguladas en el Capítulo IX del Título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, referencia que hoy debe entenderse realizada a

los artículos 351 a 362 del vigente Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Tales prestaciones –no contributivas– se refieren particularmente a la asignación económica por hijo o menor a cargo; a la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de madres con discapacidad; y a la prestación por parto o adopción múltiples.

2. Las **pensiones y los haberes pasivos de orfandad y a favor de nietos y hermanos**, menores de 22 años o incapacitados para todo trabajo, percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas, a las cuales se refieren los artículos 224 y 226 del citado Real Decreto Legislativo 8/2015. Se trata de prestaciones contributivas.
3. Las **prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social** de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social mencionado, siempre que correspondan a prestaciones en situaciones idénticas a las previstas en los párrafos anteriores por la Seguridad Social para los profesionales integrados en dicho régimen especial. Se trata, en definitiva, de una cuestión de igualdad de trato tributario entre situaciones comparables, pues no hacerlo así podría resultar en la inconstitucionalidad de la norma⁶.
4. Las **demás prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad**. Dado que las prestaciones por nacimiento, parto o adopción múltiple, hijos a cargo y orfandad previstas por la legislación estatal de la Seguridad Social ya habían sido contempladas previamente, la mención a las «demás» prestaciones públicas (esto es, a las no referidas con anterioridad) parece aludir a las facultades de las comunidades autónomas o entes locales, no integrados en la Seguridad Social. Así, dichos entes territoriales pueden establecer ayudas en atención a sus competencias en materia de asistencia social, reconociendo prestaciones complementarias a la protección general de la Seguridad Social. Igualmente, este supuesto es plenamente extensible a la eventual protección, si fuera el caso, reconocida por entes supranacionales (Unión Europea, organismos internacionales), aunque en tales supuestos la exención suele venir reconocida en la respectiva normativa de carácter, asimismo, supranacional. Del mismo modo podría entenderse que cualquier tipo de prestación pública reconocida por los conceptos antes referidos, aun distintas de las referidas en el citado Real Decreto Legislativo 8/2015, quedarían igualmente exentas del IRPF. En tal caso el término «demás» se referiría no a otros entes públicos distintos al INSS y demás integrados en la Seguridad Social, sino también a las reconocidas por este organismo (u otros de carácter estatal) no mencionadas en los preceptos ya referidos de la Ley

⁶ Cfr. por todas la STC 134/1996, de 22 de julio (NFJ003509).

General de la Seguridad Social, que también quedarían cubiertas por la exención ahora analizada. De hecho, tal interpretación estaría en consonancia con la exención contemplada en la letra z) del mismo artículo 7 de la LIRPF, a cuyo tenor no serán gravadas «[l]as prestaciones y ayudas familiares percibidas de cualquiera de las Administraciones Públicas, ya sean vinculadas a nacimiento, adopción, acogimiento o cuidado de hijos menores», sin necesidad de que el parto u adopción sea múltiple. La dicción de las letras h) y z) del artículo 7 de la LIRPF es una prueba, por lo demás, de la defectuosa técnica normativa utilizada por el legislador en lo que concierne a las exenciones de prestaciones públicas familiares. Sin embargo, parece claro que las prestaciones exentas antes referidas aluden a ayudas para supuestos concretos, bien definidos en la norma (nacimiento, adopción, acogimiento, hijos a cargo y cuidado de menores, así como de orfandad), pero no más.

5. En último lugar, se refiere el tantas veces referido artículo 7 h) de la LIRPF a las **prestaciones públicas por maternidad** percibidas de las *comunidades autónomas o entidades locales*. En territorio foral, la regulación de la exención es similar a la estatal y solo menciona a tales prestaciones de maternidad percibidas por entes territoriales subcentrales, a excepción de Navarra que no menciona la exención para las referidas prestaciones de maternidad⁷.

Pues bien, si atendemos al proceso de elaboración de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que incluyó la exención de las pensiones por maternidad que ahora analizamos, ha de mencionarse que en el proyecto de ley presentado por el Gobierno se comprendían en la exención del artículo 7 h) de la LIRPF/1998, aparte de las prestaciones familiares por hijo a cargo reguladas en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, «las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto múltiple, adopción, *maternidad* e hijos a cargo» (énfasis añadido). Sin embargo, en el proceso de aprobación de la norma tal dicción varió hasta desgajarse, en el informe de la ponencia del Senado, siendo así que la prestación de maternidad acabó figurando en un párrafo aparte y solo referido a las comunidades autónomas y a los entes locales. Si bien no se detalla en los diarios de sesiones del Senado el porqué de tal modificación, parece inequívoca la voluntad del legislador de excluir de la exención las prestaciones por maternidad pagadas por el INSS y otras entidades integradas en el régimen de la Seguridad Social.

Dicho lo anterior, resulta a juicio de quien escribe claro que las prestaciones por maternidad pagadas por el INSS u otras entidades integradas en el régimen de la Seguridad Social (*v. gr.* Muface) y que vendrían a suponer un subsidio equivalente al sueldo de la persona trabajadora durante el tiempo

⁷ *Cfr.* artículo 9.12 de la Norma Foral 33/2013, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del Territorio Histórico de Álava; de la Norma Foral 13/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del Territorio Histórico de Bizkaia; y de la Norma Foral 3/2014, de 17 de enero, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del Territorio Histórico de Gipuzkoa. *Ver*, en cambio, el silencio del artículo 7 k) de la Ley Foral navarra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aprobada por Decreto Foral Legislativo 4/2008, de 2 de junio.

de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, etc., no se encontrarían exentas en virtud del artículo 7 h) de la LIRPF al no venir incluidas en ninguno de los párrafos del citado precepto. Como tampoco lo estarían las prestaciones abonadas por incapacidad laboral –salvo en supuestos de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, así como por inutilidad o incapacidad permanente del régimen de clases pasivas, según lo previsto en las letras f) y g) del art. 7 LIRPF–, o las percibidas por riesgo durante el embarazo, que equivaldrían igualmente al sueldo de la persona afectada por la suspensión del contrato de trabajo. Del mismo modo, en fin, que tampoco está exento el sueldo que retribuye el trabajo por cuenta ajena, ni las prestaciones por desempleo –salvo en casos de pago único según lo recogido en el apartado n) del precepto citado–, ni tampoco las indemnizaciones por despido salvo en la cuantía indicada en el apartado e) del precepto tantas veces referido. Se trata, en definitiva, de un rendimiento del trabajo más que comporta una capacidad económica y por la cual la LIRPF reconoce un potencial contributivo suficiente como para tributar por ella.

En definitiva, es preciso recordar que las exenciones en cualquier tributo deben venir recogidas en norma con rango de ley (art. 133.3 de nuestra Constitución) y someterse igualmente a un control de constitucionalidad, pues en definitiva constituyen una excepción al régimen general de otras rentas percibidas, cual es su gravamen por el IRPF. Y, como cualquier beneficio fiscal, deben responder las referidas exenciones a justificaciones suficientemente cualificadas y no arbitrarias, como sería por ejemplo la especial situación personal que conlleva alguna de las rentas antes referidas y su relación con las posibilidades de obtener, a su vez, otros rendimientos (*v. gr.* pensiones de incapacidad permanente absoluta, gran invalidez, inutilidad o incapacidad permanente). En lo que respecta a las prestaciones por nacimiento, adopción, acogimiento, cuidado de hijos u orfandad, que sí resultan expresamente exentas según lo indicado anteriormente, se podría justificar la falta de tributación en medidas de fomento de la natalidad, adopción o acogimiento, la precariedad económica de la situación que otorga derecho a una prestación pública por cuidado de hijos, o bien la situación de especial desvalimiento que conlleva el reconocimiento de una pensión de orfandad. Ahora bien, la sustitución del pagador del sueldo (entidad pública o mutualidad en lugar del empleador) en supuestos de incapacidad laboral, riesgo en el embarazo o descanso por maternidad (o paternidad), la justificación de un trato diferenciado respecto del sueldo que se percibiría en otro caso parece más dudosa: no en vano se trata de percibir el mismo sueldo que se obtendría si el contrato de trabajo no se hubiera suspendido, siendo así que tal sueldo resulta gravado por el IRPF.

Ciertamente, podría pensarse que el legislador está legitimado a reconocer acciones positivas que incentiven la natalidad o el incremento de la unidad familiar, pero las mismas vienen recogidas respecto de las prestaciones por nacimiento, adopción o acogimiento antes referidas en el párrafo 3.º del artículo 7 h) de la LIRPF. Aprobar acciones positivas respecto de las prestaciones de maternidad sustitutivas del sueldo serían en gran medida redundantes y pudieran perder la justificación que ha de tener cualquier excepción al principio general de contribuir por las rentas recibidas. Y, en cualquier caso, más allá de apreciaciones constitucionales que no vienen ahora al caso, tales circunstancias deberían aparecer claramente reflejadas en el texto de la norma. Particularmente, cabe recordar que se está haciendo una interpretación de un precepto legal, siendo así que la llevada a cabo por el TSJ de Madrid podría contravenir la prohibición de analogía en la aplicación de las normas tributarias contenida en el artículo 14 de la Ley General Tributaria (LGT).

Dicho en otros términos: resulta pacífico que el intérprete de la norma (Poder Judicial) no puede investirse en legislador, sino únicamente utilizar los recursos hermenéuticos que tiene a su disposición y que no son otros que la interpretación histórica, lógica, sistemática, sociológica y, esencialmente, teleológica (arts. 12 LGT y 3 Código Civil). Pues bien, no parece que del artículo 7 h) de la LIRPF pueda deducirse que una prestación por maternidad –distinta a las percibidas por las comunidades autónomas y entes locales, expresamente mencionadas– se encuentre exenta. Y ello ni del sentido de las palabras del precepto comentado, ni del proceso legislativo seguido hasta la conformación de dicha norma; y tampoco desde una perspectiva histórica, ni siquiera atendiendo a la exposición de motivos de la norma interpretada (que por cierto no se varió en el proceso legislativo mientras que sí lo hizo el texto de la norma); y, menos aún, desde un planteamiento sistemático, en el que ha de acudir necesariamente a la Ley General de la Seguridad Social, ya referida, en la que se diferencian claramente las prestaciones por nacimiento, adopción o acogimiento, por un lado, y las prestaciones por maternidad, por otro, con estructuras económicas y finalidades bien diversas. Finalmente, ni tan siquiera desde un punto de vista sociológico o teleológico podría apoyarse la exoneración de las prestaciones por maternidad: como se ha visto, al ser la prestación de maternidad sustitutiva del sueldo –y estando este gravado en el IRPF– no tiene sentido exonerar tales rentas de tributación, ni aun como medida de acción positiva, al existir otras rentas que ya premian el nacimiento, adopción o acogimiento y que resultan exoneradas de gravamen.

Consecuentemente, según todos los criterios de interpretación jurídicos antes mencionados, no parece adecuado entender que el artículo 7 h) de la LIRPF exonera las prestaciones de maternidad pagadas por el INSS (u otras entidades integradas en el sistema de Seguridad Social), sino exclusivamente las referidas de forma expresa por la norma: las que con tal motivo sean percibidas por las comunidades autónomas y entes locales. La oportunidad y constitucionalidad de esta diferencia de trato tributario (entre prestaciones de maternidad pagadas a nivel central o subcentral) es una cuestión relevante que, por su singularidad, se tratará en el epígrafe 4.5 de este comentario.

4.2. DESACIERTO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL COMENTADA DEL TSJ DE MADRID Y ACIERTO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TSJ DE ANDALUCÍA

De acuerdo con lo indicado en el epígrafe anterior, la doctrina jurisprudencial del TSJ de Madrid respecto de la exención de la prestación de maternidad pagada por el INSS (u otras entidades integradas en el sistema de la Seguridad Social) pudiera juzgarse como inadecuada.

Por un lado, la STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2010 fundamentó su *ratio decidendi* en el hecho de que la referencia a las prestaciones de maternidad exentas cuando son pagadas por comunidades autónomas o entes locales no es más que la generalización a otros entes territoriales de un supuesto idéntico llevado a cabo por un ente estatal (INSS) y que también resultaba exento a tenor del artículo 7 h) de la LIRPF. Sin embargo, dicho precepto se remitía a su vez a otra norma (Ley General de la Seguridad Social), la cual aludía a multitud de prestaciones familiares previstas exclusivamente por nacimiento, parto múltiple, adopción, hijos a cargo o de orfandad.

Se trata, además, de prestaciones no contributivas excepto la última citada, con la diferencia de que tal prestación no se refiere a aspectos relacionados con la natalidad sino, por el contrario, con la muerte. Particularmente, nada se menciona en el precepto citado de otras prestaciones (contributivas) como las debidas por la suspensión del contrato de trabajo con motivo de la maternidad o por existir riesgo en el embarazo. Ahora bien, tal exclusión de la norma de las prestaciones por maternidad percibidas de entes centrales no puede ser considerada sin más por el aplicador de la norma como un olvido del legislador: como se indicó previamente, ello puede tener un motivo razonable desde la perspectiva de los principios tributarios (*i. e.* principio de igualdad), al ser equivalentes tales prestaciones al sueldo que hubiera debido percibirse durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo, como de hecho ocurre en otros supuestos de prestaciones contributivas (incapacidad laboral temporal o permanente, cuando no sea esta última absoluta o conlleve gran invalidez). Además, ¿por qué no habría de extenderse en tal supuesto la exención a la prestación por suspensión del contrato al existir riesgo en el embarazo? ¿Y a los supuestos de incapacidad laboral no referidos en el artículo 7 f) de la LIRPF? Sencillamente –y aparte de las consideraciones realizadas sobre los principios constitucionales tributarios– porque no se encuentra contemplada tal exención de forma expresa en el artículo 7 de la LIRPF. De hecho –indíquese una vez más dada su relevancia– la exención de la prestación de maternidad y no de los otros supuestos que acaban de referirse, sustancialmente idénticos o muy cercanos, podría contravenir el principio de igualdad tributaria reconocido en el artículo 31 de la Constitución.

La referida STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2010, consciente acaso del salto en el vacío que realizaba, busca ampararse en la dicción de una exposición de motivos que, de forma genérica, se refería a las novedades introducidas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, la cual incluyó precisamente la exención de pensiones de maternidad pagadas por comunidades autónomas y entes locales. Tal exposición de motivos se refería a la exención de prestaciones de maternidad (sin particularizar). Ello no obstante, en mi opinión, tal apoyo exegético tiene perfiles de gran debilidad: no solo porque las exposiciones de motivos no son, en sí mismas, textos normativos interpretables (como sí lo son los preceptos concretos de una norma), teniendo un papel menor en cuanto a la determinación de la intención del legislador en supuestos de dudas razonables que parecen distintos al que ahora nos ocupa; sino también porque la exposición de motivos no se varió en el proceso de aprobación de la norma, mientras que sí lo hizo –y de forma sustancial– el texto del articulado; y, por último, porque la exposición de motivos no hace sino una referencia genérica, en modo alguno contradictoria con la interpretación aquí mantenida del precepto.

Por otro lado, la también citada STSJ de Madrid de 6 de julio de 2016, refiriéndose ya a la redacción de la vigente LIRPF, comete la misma imprecisión técnica que su predecesora, a la cual cita además expresamente: entender –sin apoyo gramatical, sistemático, sociológico o teleológico alguno– que la mención a la prestación de maternidad pagada por comunidades autónomas y entes locales está de hecho generalizando para tales entes territoriales la exención supuestamente referida previamente respecto de órganos a nivel estatal. Como si la mención de unos entes territoriales conllevara necesariamente la existencia de la exención en otros no mencionados. Ciertamente, resulta singular que el beneficio fiscal se reconozca en unos casos sí y otros no, pero a tal cuestión aludiremos en el epígrafe 4.5 siguiente. Por el momento, baste indicar que el juzgador,

como aplicador de la norma, no puede innovar cuando el tenor de la misma no lo permite; todo lo más, podría plantear cuestión de constitucionalidad si entiende que puede verse vulnerado algún precepto de nuestra Carta Magna. Ahora bien, realizar interpretaciones analógicas en el ámbito de las exenciones tributarias resulta prohibido por el artículo 14 de la LGT, precepto que obliga a los jueces y tribunales como cualquier otra norma legal.

Adicionalmente al mayor o menor acierto técnico de las citadas resoluciones judiciales del TSJ de Madrid, lo cierto es que la cuestión no tiene meramente tintes académicos o eruditos. Habida cuenta de que en los últimos cuatro periodos impositivos, que estarían sujetos a posibles rectificaciones por no encontrarse prescritos (2012, 2013, 2014 y 2015), han nacido según datos del Instituto Nacional de Estadística casi 2 millones de bebés en España, las cifras de posibles devoluciones tributarias podrían superar sobradamente los 2.000 millones de euros, cifra en absoluto irrelevante si se tiene en cuenta el derrumbe de nuestras finanzas públicas en los últimos años. Ciertamente, el coste para el Erario Público de una resolución judicial que declare contraria a derecho una actuación administrativa no debería ser un impedimento alguno en un Estado de Derecho. Ahora bien, si al elevado coste que puede suponer para las arcas públicas una resolución judicial –o varias en el mismo sentido– se une la dudosa conformidad a derecho de tal o tales sentencias, puede concluirse que determinar la adecuación técnica de las referidas resoluciones judiciales se convierte en un aspecto de extrema relevancia para las finanzas del Estado y comunidades autónomas (destinatarias de la recaudación del IRPF) y para la propia ciudadanía que es quien tendrá que sufragar, en definitiva, el coste de tales devoluciones con reducción de los servicios recibidos o de la inversión pública así como, paralelamente, con aumentos en los tributos pagados.

En este sentido, y por los argumentos ya referidos a lo largo de este trabajo, se entiende que la citada STSJ de Andalucía/Sevilla de 27 de octubre de 2016 realiza una exégesis más adecuada del precepto ahora interpretado que las del TSJ de Madrid antes referidas

4.3. VÍAS DE ACTUACIÓN PARA QUIENES PRETENDAN RECLAMAR DEVOLUCIONES DE INGRESOS INDEBIDOS CON FUNDAMENTO EN LAS COMENTADAS SENTENCIAS DEL TSJ DE MADRID

No obstante la postura mantenida en este trabajo –y sin perjuicio de lo que se indicará más adelante–, lo cierto es que por el momento las únicas resoluciones judiciales existentes en el panorama jurídico español son las referidas del TSJ de Madrid y del TSJ de Andalucía, siendo así que en virtud de las primeras cabe interpretar que las prestaciones por maternidad pagadas por el INSS u otras entidades integradas en el régimen de la Seguridad Social están exentas del IRPF.

Al contemplar las vías de actuación para quienes pretendan solicitar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) devoluciones tributarias con fundamento en la sentencia analizada, deben contemplarse necesariamente tres situaciones diversas: dependiendo de si los contribuyentes tienen residencia fiscal en Madrid (en cuyo territorio se ha pronunciado sobre la cuestión debatida el respectivo TSJ), en Andalucía (donde también existe doctrina de su TSJ) o

en otras comunidades autónomas o territorios forales (donde no existen, por el momento, pronunciamientos judiciales similares)⁸.

Así, si los contribuyentes no tienen residencia fiscal en la Comunidad de Madrid, deberán solicitar a la Administración tributaria la rectificación de la autoliquidación presentada (o del borrador confirmado) en los ejercicios impositivos aún no prescritos. Esto es, por lo general, en relación con los años 2012, 2013, 2014 y 2015. Ello se realizará a tenor de lo dispuesto en los artículos 126 a 129 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. Particularmente deberá solicitarse antes de que transcurra el plazo de prescripción de la devolución de ingresos indebidos (cuatro años a tenor del art. 66 LGT) una rectificación de la autoliquidación presentada (o borrador confirmado), en la que se reduzca la base imponible en la prestación de maternidad recibida por el INSS (o entidad equivalente), así como los gastos de Seguridad Social asociados a dicha renta que se considera exenta. En el escrito de solicitud de rectificación de la autoliquidación debería pedirse, asimismo, la devolución de los ingresos indebidos realizados en relación con el citado periodo impositivo; esto es, por lo general, la suma de lo que se hubiera ingresado y el resultado negativo de la autoliquidación rectificativa adjunta a la solicitud).

Una vez planteada la solicitud, la Administración habrá de tramitarla comunicando a la persona solicitante la propuesta de resolución y otorgando un plazo de alegaciones de 15 días, notificando con posterioridad la resolución, previsiblemente denegatoria de tal derecho. Pues bien, la denegación expresa de la referida solicitud (o su desestimación presunta al transcurrir seis meses desde su registro) abre la vía a presentar, en el mes siguiente desde tal desestimación, una reclamación económico-administrativa ante el respectivo TEAR. Tal reclamación, por razón de la cuantía (normalmente menor de 6.000 euros), se tramitaría por el procedimiento abreviado, lo que implica –entre otras cosas– que se deban realizar las alegaciones en el escrito de presentación y que el plazo de resolución de la reclamación sea de seis meses en lugar de un año, lo cual es relevante a la hora de tomar en consideración el silencio administrativo negativo si en tal plazo no se obtiene una resolución expresa a efectos de continuar con la vía de recursos.

En el supuesto de que la resolución del correspondiente TEAR fuera desestimatoria (bien expresamente o por silencio administrativo), se podría plantear recurso contencioso-administrativo ante el oportuno TSJ en el plazo de dos meses desde la notificación de la citada resolución del TEAR. Habida cuenta de que uno de los mayores temores respecto del procedimiento contencioso-administrativo suele ser la condena en costas en caso de desestimarse finalmente la pretensión, lo cierto es que al existir «serias dudas de hecho o de derecho» (art. 139 de la Ley

⁸ Sobre residencia fiscal autonómica o habitual en territorio foral, *vid.* artículo 28 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias; artículo 6 de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concerto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco; y artículo 9 de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.

29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –LJCA–, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), sobre todo a partir de la jurisprudencia analizada del TSJ de Madrid, tal condena en costas por una actitud temeraria del contribuyente sería altamente improbable.

Y lo mismo cabría decir respecto de los contribuyentes que tengan residencia en Andalucía, dado que su TSJ se ha pronunciado desestimando las pretensiones de los contribuyentes. Ciertamente, y debiendo pronunciarse aún al respecto –previsiblemente– el Tribunal Supremo, cabe al menos la posibilidad de que este siguiera la doctrina del TSJ de Madrid en lugar de la dictaminada por el TSJ de Andalucía, con lo que a fin de evitar la prescripción de los periodos impositivos en los que se cobró una prestación por maternidad podrían impugnarse las resoluciones de la AEAT contrarias a declarar exentas tales rentas.

Todo ello, claro está, siempre y cuando no haya existido resolución del Tribunal Supremo en la que interprete la exención del artículo 7 h) de la LIRPF de forma distinta a como lo hizo el TSJ de Madrid. Si tal ocurriera, lo más adecuado sería desistir inmediatamente del recurso contencioso-administrativo a fin de evitar una condena en costas, pues hasta tal momento no puede alegarse mala fe procesal.

En cambio, si los contribuyentes que pretenden solicitar devoluciones de ingresos indebidos residen en la Comunidad de Madrid, adicionalmente a las vías procesales antes referidas cabría otra: solicitar al TSJ de Madrid la extensión de efectos de la sentencia comentada. Ello es así porque, como es sabido, el artículo 110 de la LJCA permite bajo determinados requisitos la extensión de efectos de las sentencias firmes del orden contencioso-administrativo en materia tributaria⁹. En la medida en que no hubiera sido recurrida la STSJ de Madrid de 6 de julio de 2016 por la Abogacía del Estado, la misma habría devenido firme y podría aplicarse la institución comentada. Tal extensión de efectos cabría hacerla, al menos, durante el año siguiente a la notificación de la sentencia comentada. Puesto que la misma tiene fecha de 6 de julio de 2016, en cualquier caso hasta julio de 2017 podría solicitarse tal extensión de efectos, la cual habría de reconocerse a través de un auto del citado TSJ. Ciertamente, al menos el primer auto de extensión de efectos emanado del TSJ de Madrid podría ser recurrido por la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo, siendo dudoso que se puedan recurrir los subsiguientes¹⁰.

4.4. ¿LAS DOCTRINAS JURISPRUDENCIALES ANALIZADAS PODRÍAN REVISARSE EN CASACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO?

El fallo de la resolución comentada del TSJ de Madrid de 6 de julio de 2016 indica expresa y taxativamente que contra la misma no cabe interponer recurso de casación.

⁹ Sobre el particular *vid.* BLÁZQUEZ LIDOY (2015).

¹⁰ *Cfr.* sobre todas estas cuestiones AEDAF (2016).

Debe tenerse en cuenta que desde la reforma de la LJCA llevada a cabo por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, el acceso al recurso de casación no depende de la cuantía de la pretensión sino de que «la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia». Así lo recoge la redacción actual del artículo 88 de la LJCA, que también indica que podrá apreciarse que existe interés casacional objetivo cuando la resolución que se impugne «[s]iente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales», o bien «[a]fecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso», circunstancias ambas que parecen presentarse en el caso de autos.

Ello no obstante, la resolución comentada fue notificada antes de la entrada en vigor de la reforma de la LJCA en lo que al recurso de casación concierne (22 de julio de 2016), con lo que no cabía el recurso de casación «ordinario» por no superar la cuantía de la pretensión 600.000 euros¹¹. Según la normativa vigente en el momento de notificarse la sentencia, podría haberse interpuesto por parte de la Abogacía del Estado recurso de casación en interés de la ley según lo previsto en el artículo 100 de la LJCA en la redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015, de estimarse «gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada», lo cual sorprendentemente no sucedió en su momento, como tampoco había sido recurrida la antes referida resolución de 2010 del mismo órgano y con idéntico objeto.

Con todo, y habida cuenta de las posibles solicitudes de extensión de efectos de la resolución comentada en este trabajo, lo cierto es que la Abogacía del Estado habrá podido recurrir algún auto de extensión de efectos de la sentencia analizada que se haya dictado por el TSJ de Madrid.

Dicho lo anterior, queda aún en manos del Tribunal Supremo la revisión de la sentencia comentada, con lo que no puede entenderse en modo alguno una doctrina firme.

Ello queda evidenciado, además, en la citada STSJ de Andalucía, la cual recoge expresamente la posibilidad de interponer contra la misma recurso de casación, vía de impugnación que probablemente se habrá seguido habida cuenta de que parece apreciarse interés casacional objetivo al fijarse «ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal [...] en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido» (art. 88.2 a) LJCA). En este punto, la existencia de una doctrina contraria por parte del TSJ de Madrid es muy relevante¹².

4.5. OTRAS CONSIDERACIONES RESPECTO DE LAS EXENCIONES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 7 H) DE LA LIRPF

A pesar de que, como se ha indicado previamente, no se estima adecuada la interpretación realizada por el TSJ de Madrid en relación con la exención de la prestación de maternidad pagada

¹¹ Por mucho que por vía de extensión de efectos podría superarse cumplidamente tal cantidad.

¹² *Vid.* sobre el interés casacional objetivo en materia tributaria ALONSO MURILLO (2017).

por el INSS (u otras entidades integradas en el régimen de la Seguridad Social), lo cierto es que subsiste una duda que, de algún modo, parece entreverse en las resoluciones judiciales comentadas: ¿no podría plantearse una vulneración del principio de igualdad tributaria contenido en el artículo 31.1 de nuestra Constitución si se interpreta que la norma declara exentas las prestaciones de maternidad si son pagadas por comunidades autónomas y entes locales pero no cuando sean pagadas por el INSS u otras entidades similares?

Se trata, en mi opinión, de la única tacha jurídica con la que podría toparse el referido artículo 7 h) de la LIRPF.

En efecto, y como se ha indicado, el motivo por el que la prestación por maternidad cobrada del INSS (u otras entidades integradas en el régimen de la Seguridad Social) debe entenderse sujeta y no exenta al IRPF es que versa sobre cuantías cobradas con carácter mensual y relacionadas con la base de cotización, que sustituyen en última instancia el sueldo durante el tiempo en que se suspende el contrato de trabajo al recibir un nuevo vástago en la unidad familiar. Por el contrario, las prestaciones por nacimiento, adopción, parto o adopción múltiples, etc., suelen cobrarse como una subvención y en pago único, a tanto alzado y con independencia de la base de cotización —pues se trata de prestaciones no contributivas— a modo de incentivo o compensación de gastos. Estas últimas prestaciones tienen una estructura diferente a las prestaciones de maternidad en la medida en que aquellas suponen (i) ya sea una medida extrafiscal de incentivo de fomento de la natalidad, o bien (ii) una medida de compensación por los gastos a tanto alzado que conlleva incorporar un nuevo miembro a la familia¹³. Tales serían las justificaciones que habrían de examinarse, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, para analizar la constitucionalidad de las mismas. Obviamente las ideas de nacimiento o adopción, por un lado, y maternidad, por otro, tienen una correlación innegable, pero las prestaciones pagadas por uno u otro concepto persiguen fines diferentes y tienen una estructura económica dispar.

Ahora bien, en tal caso, ¿por qué las prestaciones por maternidad cobradas por las comunidades autónomas y entes locales resultarían exentas y no las cobradas por el INSS?

Pudiera pensarse que las prestaciones de maternidad de los referidos entes territoriales se distinguen por cuanto que estas podrían abonarse como una subvención a tanto alzado y las pagadas por el INSS y otros entes equivalentes se corresponden al pago del sueldo durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo. Ahora bien, ello no parece convincente por cuanto que una suma a tanto alzado y separada de cualquier parámetro relacionado con el tiempo de descanso por parto y el salario de la persona beneficiaria sería más bien una prestación por nacimiento en lugar de por maternidad, según lo indicado anteriormente; y en tal caso los pagos indicados

¹³ Como ya se comentó, la justificación de la exención de otras prestaciones familiares sería diferente: bien una situación económica complicada que otorga el derecho a su percepción (mantenimiento de hijos), o bien el especial desvalimiento que afecta a quien ha perdido a alguno de sus progenitores o a ambos (orfandad).

quedarían ya de por sí exentos al ser una prestación pública por nacimiento, por lo que no hubiera merecido la mención en un párrafo separado.

Por otro lado, podría pensarse que el artículo 7 h) de la LIRPF *in fine* declara exentas las prestaciones reconocidas por los entes territoriales subcentrales –habida cuenta del principio de autonomía financiera reconocido para los mismos en nuestra Carta Magna–, en virtud de un reconocimiento de más semanas de las estrictamente obligatorias por el Estatuto de los Trabajadores y la legislación general de la Seguridad Social. Sin embargo, debe destacarse que, a tenor de los apartados 7.º, 17.º y 18.º del artículo 149.1 de nuestra Constitución, resulta vedado a las comunidades autónomas legislar sobre materia de normativa laboral (como el periodo de suspensión del contrato de trabajo), básica de la Seguridad Social o de función pública; y, con más motivo si cabe, los entes locales son igualmente incompetentes para ello¹⁴.

Planteadas la cuestión en los términos que anteceden, cabrían en definitiva dos interpretaciones posibles respecto de la referencia realizada en el artículo 7 h) de la LIRPF a las prestaciones por maternidad satisfechas por comunidades autónomas y entes locales: considerar que se trata de un precepto que no tiene contenido (por referirse en puridad a prestaciones por nacimiento, ya exentas a tenor de lo dispuesto en el párrafo 3.º del mismo precepto), interpretación que *a priori* resultaría absurda por redundante; o bien, considerar que se trata de una interpretación que conllevaría ineludiblemente a una tacha de inconstitucionalidad. En definitiva, entre las dos opciones posibles (interpretación que conllevaría a la inconstitucionalidad de la norma, por un lado, y absurda, por otro), habría que optar probablemente por esta última y declarar que el párrafo 4.º del artículo 7 h) de la LIRPF no tiene virtualidad alguna. O lo que sería lo mismo: habría que tenerlo por no puesto a los efectos de la aplicación de las exenciones familiares previstas en tal precepto.

Ciertamente, existe una tercera vía de interpretación: tanto a las comunidades autónomas como a los entes locales les cabe, por un lado –respetando el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad recogido en la legislación estatal– establecer una prestación complementaria por maternidad que, sumada a la estatal, superaría el 100 % de la base reguladora; o bien podrían fijar por convenio colectivo –para las personas que trabajen en tales entes públicos– una mejora de la prestación de maternidad, ya sea en semanas de suspensión del contrato o bien en cuantía de la prestación. En tales casos, las medidas aprobadas por los referidos entes territoriales tendrían un carácter complementario a la legislación de Seguridad Social y entrarían probablemente en el ámbito de la competencia por asistencia social reconocida a las comunidades autónomas por el artículo 148.1.20.ª de nuestra Carta Magna¹⁵, y a los entes locales por los artículos 25.2 e) y 26.1 c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

¹⁴ Vid. sobre el particular, entre otras, las SSTC 124/1989, de 7 de julio; 239/2002, de 11 de diciembre (NSJ012027), así como 22/2014, de 13 de febrero (NCJ058264).

¹⁵ Cfr. SSTC 76/1986, de 9 de junio, y 239/2002, de 11 de diciembre (NSJ012027), entre otras, así como PEMÁN GAVÍN, J. (2003).

Pues bien, en los supuestos mencionados –poco conocidos hasta el momento¹⁶– en que comunidades autónomas y entes locales fijaran prestaciones por maternidad por encima de las reconocidas por la Ley General de la Seguridad Social, existiría una diferencia de trato en cuanto al régimen tributario de las prestaciones a nivel estatal (no exentas) y las autonómicas o locales (exentas) que podría plantear dudas sobre su conformidad constitucional: cabría inferir una desigualdad de trato arbitraria en cuanto que carente de justificación alguna y, por ello mismo, contraria al principio de igualdad previsto en el artículo 31.1 de nuestra Carta Magna (discriminación en sentido objetivo –por diferente trato de rentas similares– y no subjetivo), que permitiría el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Es más: la mera existencia de una diferencia de trato, siquiera potencial, parece ser contraria al ordenamiento jurídico y debería eliminarse extendiendo a las partes excluidas del trato favorable los efectos del régimen jurídico vedado (exención), o bien, más probablemente, declarando inconstitucional la exención prevista para las prestaciones de comunidades autónomas y entes locales por contrarias al principio de igualdad y de capacidad económica; todo ello salvo que se argumentara que son dos instituciones jurídicas diferentes: una de sustitución del sueldo –prestación del INSS y otros entes equivalentes– y otra una ayuda adicional incentivadora de la maternidad que poco tiene que ver con la anterior. En todo caso, en mi opinión, esta es la única vía que podría presentarse como argumento de que las prestaciones por maternidad pagadas por el INSS y otras entidades integradas en la Seguridad Social deben reputarse exentas.

En otro orden de cosas, cabría preguntarse adicionalmente: ¿qué ocurre con las prestaciones por paternidad reconocidas por la legislación española? Debe recordarse que el otro progenitor también puede beneficiarse de la prestación de *maternidad* en algunos casos (v. gr. muerte de la madre) y que, de cualquier modo, después del periodo de descanso de seis semanas, que obligatoriamente debe disfrutar la parturienta, el otro progenitor podría disfrutar igualmente del restante tiempo de suspensión del contrato de trabajo. Ello no obstante, todo lo anterior se incardina dentro de la prestación de *maternidad* aun cuando la disfrute el padre o adoptante masculino, por lo que todo lo referido previamente sería aplicable a dicha prestación, con independencia de que la cobrara el padre o la madre.

Ahora bien, por prestación de *paternidad* debe entenderse la suspensión remunerada del contrato de trabajo de cuatro semanas reconocido exclusivamente para el otro progenitor a partir de 2017 (art. 48.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y arts. 183 a 185 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). De nuevo sería el sueldo pagado al *padre* (u otro progenitor) con cargo a fondos públicos y por el tiempo que la legislación le otorga para el cuidado de su vástago. En consecuencia, el tratamiento tributario de la prestación de maternidad o paternidad habría, teóricamente, de ser la misma. Sin embargo, la legislación analizada solo se refiere

¹⁶ *Id.*, sin embargo, y a título de ejemplo el Acuerdo de 29 de diciembre de 2011 por el que se aprueba el texto refundido del Acuerdo sobre Condiciones de Trabajo Comunes al Personal Funcionario y Laboral del Ayuntamiento de Madrid y de sus organismos autónomos para el periodo 2012-2015 (*Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid* núm. 6.587, de 5 de enero de 2012), a tenor de cuyo artículo 17 las trabajadoras del Ayuntamiento de Madrid disponían de una ampliación del permiso retribuido por maternidad de 8 semanas más de lo legalmente previsto; y, en sentido similar, los padres disponían de un permiso retribuido de paternidad de 4 semanas aun cuando la legislación no reconocía aún tal medida para el periodo contemplado.

a la «prestación de maternidad», lo cual pudiera entenderse una diferencia de trato discriminatoria en un sentido subjetivo (por razón de sexo) si no se encuentra una justificación razonable para ello.

Pues bien, no es fácil vislumbrar alguna razón para que las prestaciones por maternidad sean tratadas en el IRPF de forma distinta a las prestaciones de paternidad. Obviamente, no se encuentran justificaciones de igualdad de género, pues precisamente lo pretendido con las prestaciones de paternidad es que el padre se vincule con su vástago rompiendo el estereotipo en virtud del cual únicamente la mujer ha de dedicarse a los cuidados de la prole. En tal sentido, un mayor gravamen de las prestaciones de paternidad perjudicaría la igualdad de género por cuanto que pudiera conllevar incluso la renuncia a su cobro y, en todo caso, la perpetuación de la situación de la mujer como cuidadora de la prole. Y si no existen razones extrafiscales para tal diferencia de trato, no pueden encontrarse otras que lo justifiquen, pues en ambos casos consisten en un abono de sueldo, con cargo a fondos públicos, para el cuidado del vástago en las primeras semanas de vida o incorporación al seno familiar.

Consecuentemente, en tales circunstancias podría considerarse que la exclusión de las prestaciones de paternidad de la exoneración de gravamen contemplada en el artículo 7 h) de la LIRPF podría vulnerar el artículo 14 de la Constitución española (por discriminaciones arbitrarias en un plano subjetivo, al perjudicarse a los progenitores masculinos) y, por ende, cabría recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Ahora bien, ello ocurriría cuando de la interpretación del artículo 7 h) de la LIRPF se derivara que cabe la exoneración en dicho tributo de algún tipo de prestación de maternidad, cuestión que no parece posible actualmente –como se ha indicado más atrás– de la exégesis realizada de la citada norma, o bien cuando en el ámbito autonómico y local se hayan reconocido tales prestaciones accesorias a las contempladas en el ámbito estatal¹⁷.

5. A MODO DE CONCLUSIONES

Así pues, y como resumen de todo lo expresado con anterioridad, cabría indicar que la doctrina del TSJ de Madrid en virtud de la cual se consideran exentas en el IRPF las prestaciones por maternidad pagadas por el INSS y otros entes integrados en la Seguridad Social nos parece errónea al producirse una confusión entre dos subvenciones públicas diferentes: por un lado, las de nacimiento, adopción o acogimiento y guarda preadoptivos, prestaciones no contributivas y pagadas de una vez con el objeto de potenciar el incremento de los miembros de la familia y, asimismo, compensar el mayor gasto que ello comporta; y, por otro, las de maternidad, que son

¹⁷ Recuérdese que, a tenor del artículo 17 del Acuerdo de 29 de diciembre de 2011 por el que se aprueba el texto refundido del Acuerdo sobre Condiciones de Trabajo Comunes al Personal Funcionario y Laboral del Ayuntamiento de Madrid y de sus organismos autónomos para el periodo 2012-2015, resultarían probablemente exentas las prestaciones por maternidad pagadas por el citado ayuntamiento por encima de las legalmente previstas y no, sin embargo, las prestaciones por paternidad que superaran las entonces reconocidas por ley.

prestaciones contributivas, pagadas mensualmente en cuanto que sustitutivas del sueldo durante el tiempo de cuidado del vástago reconocido por la legislación. En este sentido, resulta más adecuada la interpretación –justamente contraria– realizada por el TSJ de Andalucía.

Y todo ello porque desde la hermenéutica jurídica (en sus vertientes histórica, gramatical, lógica, sociológica o teleológica) no parece posible entender que las prestaciones por maternidad pagadas por el INSS y otros entes de la Seguridad Social se encuentran exentas del IRPF. Adicionalmente, tampoco parece vulnerar principios jurídicos tributarios el hecho de que exista una diferencia de trato fiscal (exención o no) entre prestaciones de nacimiento, adopción, acogimiento o guardia, por un lado, y las prestaciones por maternidad, por otro.

Únicamente pudiera resultar reprochable, en su caso, que exista un trato diverso y sin justificación razonable entre, por una parte, las prestaciones de maternidad percibidas de entes autonómicos y locales y, por otra, las percibidas por el INSS y otros entes de la Seguridad Social.

En otro orden de cosas, parece igualmente contrario a derecho (por contravenir el art. 14 de nuestra Carta Magna) que no se mencionen –entre los supuestos exentos contemplados en el art. 7 h) LIRPF– las prestaciones de paternidad en los mismos términos que las de maternidad.

Bibliografía

AEDAF (Gabinete de estudios) [2016]: «La exención de la prestación de maternidad en el IRPF tras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 julio de 2016: Cuestiones pendientes y alternativas para su reclamación», disponible en <http://www.gabineteorfila.com/circulares/nota-sobre-la-exencion-de-la-prestacion-de-maternidad-en-el-irpf-tras-la-sentencia-del-tribunal-superior-de-justicia-de-madrid-de-6-julio-de-2016-cues.pdf> (consultado el 9 de enero de 2017).

ALONSO MURILLO, F. [2017]: *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo en materia tributaria*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid.

BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2015]: «La extensión de efectos de las sentencias en materia tributaria (art. 110 de la LJCA)», en MERINO JARA, I. (dir.) y LUCAS DURÁN, M. (coord.), *Estudios sobre el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria*, Bosch, Barcelona.

MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. [2016]: «IRPF, maternidad y buena regulación», *Cinco Días*, de 23 de noviembre de 2016.

MELLADO BENAVENTE, F. M. (coord.) [2015]: *Guía del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Adaptada a la reforma fiscal de 2015*, CISS, Las Rozas (Madrid).

MERINO JARA, I. (dir.) y LUCAS DURÁN, M. (coord.) [2015]: *Estudios sobre el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria*, Bosch, Barcelona.

PEMÁN GAVÍN, J. [2003]: «Sobre el concepto constitucional de asistencia social. Estado y comunidades autónomas ante las actuaciones públicas de carácter asistencial», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, mayo-agosto 2003.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS. EJERCICIO 2016 (CASO PRÁCTICO)

Gabinete jurídico del CEF

EXTRACTO

A escasas semanas de que se inicie la Campaña de Renta 2016 se presenta un caso práctico sobre el IRPF, para ir retomando la dinámica del impuesto, en el que se abordan las más variadas cuestiones que hacen referencia a la calificación y cuantificación de los cinco componentes de la renta, a las peculiaridades de su integración y compensación para determinar las bases imponibles del impuesto y a los incentivos fiscales que aplican bien en la base imponible para formar la base liquidable, bien en la cuota para determinar el resultado de la declaración. Pasando de lo general a lo concreto, se plantean, entre otras cuestiones: cuantificación de la renta exenta en las indemnizaciones por despido, los incentivos aplicables en el desarrollo de actividades económicas de nuevo inicio, el tratamiento de rentas derivadas de un contrato financiero atípico, el régimen de diferimiento en la transmisión de participaciones en fondos de inversión, el abatimiento de ganancias patrimoniales en el régimen transitorio, el régimen de compensación de rendimientos negativos del capital mobiliario que acrecen a la base imponible del ahorro y, en materia de incentivos fiscales, las deducciones en cuota por inversión en vivienda habitual, por inversión de beneficios y por familia numerosa y por personas con discapacidad a cargo.

Palabras clave: IRPF, declaración del impuesto, ejercicio 2016 y caso práctico.

ENUNCIADO

El matrimonio formado por don Antonio, de 60 años de edad que acredita un grado de discapacidad del 33 %, y doña María, de 58 años de edad, son padres de tres hijos con los que conviven. El mayor, de 29 años, tiene acreditado un grado de discapacidad del 33 %, el segundo tiene 24 años y el tercero ha cumplido los 21 años. Ninguno de los hijos ha obtenido rentas, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros anuales ni ha presentado declaración por el IRPF 2016. Con el matrimonio convive la madre de don Antonio, de 85 años de edad, que percibe de la Seguridad Social una pensión por incapacidad permanente absoluta de 20.000 euros íntegros anuales, declarando un grado de minusvalía del 67 %, circunstancia que se acredita, al igual que en los casos de don Antonio y del hijo mayor, mediante certificado de la comunidad autónoma de residencia.

El matrimonio, sus tres hijos y la madre de don Antonio viven en Valladolid en un piso adquirido a finales de 2012, al que trasladaron su residencia ese mismo año. El precio de adquisición, gastos e impuestos incluidos, ascendió a 450.000 euros y fue financiado por el matrimonio en parte con sus ahorros y en parte con un préstamo de la madre de don Antonio por importe de 100.000 euros a devolver en diez años, por décimas partes anuales, pagando además un interés del 3 % anual sobre el capital vivo al principio de cada año. El préstamo está convenientemente documentado y presentado a liquidar a la Administración autonómica, acreditando el matrimonio que en 2016 ha satisfecho a la madre de don Antonio 12.100 euros (10.000 € de devolución del principal y 2.100 € en concepto de intereses).

En 2016 don Antonio ha realizado las siguientes operaciones y obtenido las rentas que se indican a continuación:

- Don Antonio ha trabajado hasta el 30 de junio en una empresa con un sueldo íntegro de 7.500 euros mensuales y 14 pagas (junio y diciembre). Las cuotas de Seguridad Social a su cargo han ascendido a 6.000 euros (equivalente anual estimado 12.000 €).

En dicha fecha ve extinguida su relación laboral como consecuencia de su cese por causas económicas y en virtud de un expediente de regulación de empleo iniciado en el mes de mayo. En el momento del despido llevaba trabajando en la empresa 30 años y esta le ha indemnizado con 350.000 euros.

La empresa le ha practicado correctamente las retenciones a cuenta correspondientes, sobre la base de la comunicación formulada por don Antonio en el modelo 145 informando de su situación personal y familiar (cónyuge con rentas anuales superiores a 1.500 € y tres descendientes).

Tiene derecho a la prestación por desempleo por 24 meses (1 de julio de 2016 a 30 de junio de 2018). Al decidir establecerse como profesional independiente, opta

por percibir la prestación por desempleo en la modalidad de pago único. La prestación total percibida asciende a 30.000 euros.

- Don Antonio es propietario a título privativo de un piso cuyo valor catastral, revisado en 2009 de acuerdo con un procedimiento de valoración colectiva de carácter general de conformidad con la normativa catastral, asciende en 2016 a 150.000 euros (correspondiendo un 40% del mismo al valor del suelo), importando el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) satisfecho en dicho ejercicio 500 euros. El piso lo adquirió por herencia don Antonio en el año 2015, siendo valorado a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones en 300.000 euros, abonando por dicho impuesto y por gastos de registro y notaría la cantidad de 50.000 euros, cantidad que financió mediante la formalización de un préstamo personal por el que ha satisfecho en 2016 un total de 6.000 euros (4.000 € de devolución del principal y 2.000 € en concepto de intereses).

El citado inmueble ha permanecido desocupado hasta que a primeros de septiembre lo ha afectado don Antonio al desarrollo de su nuevo proyecto profesional, un despacho de abogados con el objetivo de ofrecer un asesoramiento jurídico profesional especializado y de alta calidad en materia de derecho mercantil y principalmente en las áreas de M&A (operaciones corporativas), contratación mercantil, internalización de empresas y derecho societario.

- Para el desarrollo de su nueva actividad profesional don Antonio ha adquirido, y afectado a la misma con efectos desde primeros de septiembre, mobiliario y equipo informático nuevos, por un importe de 40.000 euros y 10.000 euros, respectivamente, que ha financiado en parte con la prestación por desempleo percibida en la modalidad de pago único. En los cuatro meses de ejercicio de actividad en 2016 don Antonio ha obtenido ingresos por importe de 60.000 euros, soportando las retenciones procedentes sobre la base de que todos sus ingresos están sujetos a retención. Ha incurrido en 10.000 euros de gastos debidamente justificados, en concepto de material de oficina, suministros y otros, además de los que se desprenden del enunciado, no habiendo presentado renuncia a la estimación directa simplificada.
- Ha realizado aportaciones como partícipe de un plan de pensiones sistema individual por importe de 8.000 euros y a un plan de pensiones de su cónyuge doña María por importe de 2.500 euros.

Por su parte, doña María ha realizado en 2016 las siguientes operaciones y obtenido las rentas que se indican a continuación:

- Ha transmitido un apartamento en la playa, que adquirió por herencia el 1 de noviembre de 1992 y que ha constituido su segunda residencia para vacaciones desde su adquisición, habiendo sido valorado a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones en 50.000 euros. La transmisión se ha realizado con fecha 1 de abril

de 2016 y el precio de venta asciende a 200.000 euros, impuestos y gastos incluidos. El apartamento tiene un valor catastral, revisado en 2011 de acuerdo con un procedimiento de valoración colectiva de carácter general de conformidad con la normativa catastral, que asciende para 2016 a 100.000 euros.

- Ha realizado tres operaciones de transmisión de acciones cotizadas en bolsa, también adquiridas por herencia el 1 de noviembre de 1992:
 - El 1 de mayo de 2016 transmite un primer paquete de acciones por importe de 125.000 euros, descontadas comisiones y gastos. El valor a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones del citado paquete de acciones fue de 140.000 euros y su cotización media del último trimestre de 2005 según la Orden EHA/492/2005, esto es su valor a efectos del impuesto sobre el patrimonio, fue de 150.000 euros.
 - El 1 de julio de 2016 transmite un segundo paquete de acciones por importe de 150.000 euros, descontadas comisiones y gastos. El valor a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones del citado paquete de acciones fue de 100.000 euros y su cotización media del último trimestre de 2005 según la Orden EHA/492/2005, esto es, su valor a efectos del impuesto sobre el patrimonio, fue de 125.000 euros.
 - El 1 de septiembre de 2016 transmite un tercer paquete de acciones por importe de 200.000 euros, descontadas comisiones y gastos. El valor a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones del citado paquete de acciones fue de 100.000 euros y su cotización media del último trimestre de 2005 según la Orden EHA/492/2005, esto es, su valor a efectos del impuesto sobre el patrimonio, fue de 210.000 euros.
 - En concepto de dividendos derivados de la citada cartera de valores ha percibido en abril de 2016 la cantidad de 10.000 euros brutos, habiéndole sido practicada correctamente la retención correspondiente. Los gastos de administración y depósito satisfechos ascienden a 500 euros.

Por último, el matrimonio ha realizado en 2016 las siguientes operaciones y obtenido las rentas que se indican a continuación:

- El 15 de octubre percibió 50.000 euros como consecuencia de la enajenación de 20 letras del Tesoro, que había adquirido el 1 de abril a un precio de 3.000 euros cada una de ellas. El 1 de diciembre el matrimonio compró otras 10 letras del Tesoro por un importe unitario de 2.500 euros.
- El 1 de marzo de 2014 invirtió 70.000 euros en la adquisición de 1.000 participaciones del «Fondo de inversión A» y el 1 de abril de 2015 adquirió 500 participaciones del «Fondo de inversión B» a 30 euros cada una de ellas.

En enero de 2016 el valor de sus participaciones en el «Fondo de inversión A» era de 120.000 euros y decidió traspasarlo en su totalidad al «Fondo de inversión B», comprando 3.000 participaciones del mismo a 40 euros cada una de ellas.

En junio de 2016 don Juan vendió 2.000 participaciones del «Fondo de inversión B» por un precio de 90.000 euros, habiéndole sido practicada correctamente la retención correspondiente.

- Los ahorros de sus depósitos bancarios le proporcionan unos rendimientos monetarios más bien escasos, 100 euros percibidos el 1 de julio de 2016, habiéndole sido practicada correctamente la retención correspondiente. Ha recibido además de una entidad financiera, en mayo de 2016 por la constitución de una imposición a plazo, un televisor valorado al coste en 600 euros, habiéndole sido repercutido el ingreso a cuenta correspondiente. El valor de mercado de la televisión se estima en 800 euros.
- En marzo de 2016 ha vencido un contrato financiero atípico, un producto estructurado referenciado a la cotización de acciones de Telefónica, en el que invirtieron 100.000 euros. El abono que les ha sido realizado como liquidación del contrato es el resultado de multiplicar el nominal contratado (100.000 €) por el precio oficial de cierre del activo subyacente a la fecha convenida (13,75 €) dividido por el precio inicial del mismo título a la fecha de contratación (18,25 €), esto es, 75.342,46 euros.

Se pide:

1. Determinar los rendimientos netos reducidos del trabajo personal, así como la retención correspondiente correctamente practicada.
2. Determinar el rendimiento neto reducido de actividades económicas, así como la retención correspondiente correctamente practicada.
3. Determinar el rendimiento neto reducido del capital inmobiliario y las rentas inmobiliarias imputadas.
4. Determinar el rendimiento neto reducido del capital mobiliario y cuantificar los pagos a cuenta correspondientes correctamente practicados.
5. Determinar las ganancias y pérdidas patrimoniales y cuantificar las retenciones a cuenta correspondientes correctamente practicadas, suponiendo que las operaciones que se describen en el enunciado corresponden a los únicos elementos patrimoniales transmitidos desde el 1 de enero de 2015 con derecho a reducción según la disposición transitoria novena de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas (Ley del IRPF).
6. Determinar las bases imponibles y liquidables, general y del ahorro, tanto en el régimen de tributación individual como en el de tributación conjunta.

7. Determinar el mínimo personal y familiar y, en su caso, la cuantía de la deducción por inversión en vivienda habitual, de la deducción por inversión de beneficios y de las deducciones por familia numerosa y por personas con discapacidad a cargo que, en su caso, resulten procedentes, tanto en el régimen de tributación individual como en el de tributación conjunta.
8. Determinar las cuotas íntegra, líquida, diferencial y a ingresar o devolver en el régimen de tributación conjunta, opción que vamos a suponer más favorable, sabiendo que no se ha solicitado el abono anticipado de las deducciones por familia numerosa y por personas con discapacidad a cargo.

SOLUCIÓN

1. Determinación de los rendimientos netos reducidos del trabajo personal obtenidos por don Antonio y de las retenciones que le han sido practicadas

Retribuciones íntegras		171.500,00
Procedentes de la empresa	171.500,00	
Sueldo y paga extra (7.500 × 7)	52.500,00	
Indemnización despido (1)	119.000,00	
Prestación por desempleo (2)	—	
Gastos deducibles		—8.000,00
Seguridad Social	6.000,00	
Otros gastos	2.000,00	
Rendimiento neto		163.500,00
Reducción (art. 20 de la Ley del IRPF)		—
Rendimiento neto reducido		163.500,00
Retenciones a cuenta soportadas (3)		57.289,95

Notas:

- (1) Según el Estatuto de los Trabajadores, este contribuyente tendría derecho a una indemnización de 20 días de salario por año trabajado $[(20 \times 7.500/30) \times 30 = 150.000]$, con un máximo de 12 mensualidades $(12 \times 7.500 = 90.000)$.

Ahora bien, en un principio estaría exenta la indemnización que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio para los despidos improcedentes (art. 7 e), segundo párrafo, de la Ley del IRPF). A estos efectos, para los contratos iniciados antes del 12 de febrero de 2012 (fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012, por el que se aprueba la reforma laboral actualmente vigente) como es el caso, la indemnización exenta se calculará sobre la base de 45 días de salario por año trabajado hasta dicha fecha y a razón de 33 días por año trabajado a partir de la misma, prorrateándose en ambos casos por meses los periodos de tiempo inferiores al año. En nuestro caso:

$$[(45 \times 7.500/30) \times 25,62] + [(33 \times 7.500/30) \times 4,38] = 324.360 \text{ €}$$

El límite máximo se establece en 720 días (24 meses), salvo que del cálculo de la parte de la indemnización exenta correspondiente al periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase una cuantía más elevada al computarse un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este importe como tope, sin que en ningún caso pueda ser superior a 42 mensualidades. En nuestro caso:

$$[(45 \times 7.500/30) \times 25,62] = 288.225 > 180.000 = (24 \times 7.500)$$

$$\text{Límite: } (42 \times 7.500) = 315.000 \text{ €}$$

En principio la indemnización exenta sería de 288.225 euros, al no superar el límite de 315.000 euros. Ahora bien, resulta de aplicación el límite absoluto a la exención de las indemnizaciones por despido o cese del trabajador que se cifra en 180.000 euros. Por tanto, los 350.000 euros percibidos en concepto de indemnización por despido tributarán como sigue:

- 180.000 euros como renta sujeta y exenta del IRPF [art. 7 e) de la Ley del IRPF], siempre que se verifiquen los requisitos del artículo 1 del Reglamento del IRPF.
- Los 170.000 euros restantes como renta sujeta y no exenta tributarán como rendimientos del trabajo con un periodo de generación superior a dos años (los 30 años de duración de la relación laboral) con derecho a una reducción por irregularidad del 30 % (art. 18.2 y 3 de la Ley del IRPF), tal como sigue:

– Indemnización no exenta (350.000 – 180.000)	170.000
– Reducción por irregularidad (170.000 × 0,30)	–51.000
– Rendimiento íntegro (170.000 – 51.000)	119.000

- (2) La prestación por desempleo, percibida por don Antonio en la modalidad de pago único para establecerse como profesional en el ejercicio libre de la profesión de abogado mercantilista, está exenta en su totalidad (letra n) del art. 7 de la Ley del IRPF).

(3) Cálculo de la retención procedente correctamente practicada:

- Tipo de retención a 1 de enero:

- Límite excluyente de la obligación de retener: 13.275 euros (situación 3.^a con tres hijos).

- Base para calcular el tipo de retención:

Retribuciones íntegras previstas (7.500 × 14)	105.000,00
Minoraciones	-14.600,00
Seguridad Social estimada	12.000,00
Otros gastos	2.000,00
Más de dos descendientes	600,00
	90.400,00

- Mínimo personal y familiar para calcular el tipo de retención:

Mínimo del contribuyente	5.550,00
Mínimo descendientes [(2.400 + 2.700 + 4.000)/2]	4.550,00
Mínimo ascendientes (1.150 + 1.400)	2.550,00
Mínimo por discapacidad	16.500,00
Del contribuyente	3.000,00
De descendientes (3.000/2)	1.500,00
De ascendientes (9.000 + 3.000)	12.000,00
	29.150,00

- Cuota de retención:

Base tipo retención × escala retenciones	31.581,50
Mínimo personal y familiar × escala retenciones	-6.910,50
	24.671,00

- Tipo de retención: [(24.671,00/105.000,00)] × 100 = 23,49%.

- Importe retención practicada: 105.000,00 × 0,2349 = 24.664,50 euros.

- Regularización del tipo de retención en la nómina de junio, al liquidar la indemnización por despido:

- Límite excluyente de la obligación de retener: 13.275 euros (situación 3.^a con tres hijos).
- Base para calcular el tipo de retención:

Retribuciones íntegras (7.500 × 7)	52.500,00
Indemnización por despido no exenta	119.000,00
Ingresos computables tipo de retención	171.500,00
Minoraciones	-8.600,00
Seguridad Social	6.000,00
Otros gastos	2.000,00
Más de dos descendientes	600,00
Base para cálculo retenciones	162.900,00

- Mínimo personal y familiar para calcular el tipo de retención:

Mínimo del contribuyente	5.550,00
Mínimo descendientes [(2.400 + 2.700 + 4.000)/2]	4.550,00
Mínimo ascendientes (1.150 + 1.400)	2.550,00
Mínimo por discapacidad	16.500,00
Del contribuyente	3.000,00
De descendientes (3.000/2)	1.500,00
De ascendientes (9.000 + 3.000)	12.000,00
Total mínimo personal y familiar	29.150,00

- Nueva cuota de retención:

Base tipo retención × escala retenciones	64.206,50
Mínimo personal y familiar × escala retenciones	-6.910,50
Total cuota de retenciones	57.296,00

- Nuevo tipo de retención: $[(57.296,00 - 7.500,00 \times 5 \times 0,2349)/(171.500,00 - 7.500,00 \times 5)] \times 100 = 36,18\%$.

- Importe retención practicada: $[(7.500,00 \times 5 \times 0,2349) + (7.500,00 \times 2 + 119.000,00) \times 0,3618] = 8.808,75 + 48.481,20 = 57.289,95$ euros.

2. Determinación de los rendimientos netos reducidos de la actividad económica desarrollada por don Antonio y de las retenciones que le han sido practicadas

Don Antonio determinará el rendimiento neto de su actividad profesional en la modalidad simplificada del método de estimación directa, al no haber renunciado a su aplicación.

Ingresos íntegros	60.000,00
Gastos justificados deducibles	-17.333,34
Material oficina, suministros y otros	10.000,00
IBI $[(500/12) \times 4]$	166,67
Gastos financieros (1)	666,67
Amortización inmueble (2)	2.100,00
Amortización mobiliario (3)	2.666,67
Amortización equipo informático (4)	1.733,33
Diferencia	42.666,66
Gastos difícil justificación (5% s/42.666,66) (5)	-2.000,00
Rendimiento neto	40.666,66
Reducción inicio actividad (6)	-8.133,33
Rendimiento neto reducido	32.533,33
Retenciones a cuenta soportadas $(60.000 \times 0,07)$ (7)	4.200,00

Notas:

- (1) Parte proporcional correspondiente a cuatro meses de los intereses satisfechos en 2016 en relación con el préstamo personal destinado a financiar el impuesto sobre sucesiones y donaciones y demás gastos de adquisición por herencia del inmueble que se afecta al desarrollo de la actividad profesional: $(2.000 \times 4/12) = 666,67$ euros.
- (2) Según la tabla de amortizaciones simplificada aprobada por Orden de 27 de marzo de 1998:

- Base de amortización $[(300.000 + 50.000) \times 0,6 \times 4/12]$ 70.000,00
- Importe amortización $(70.000 \times 0,03)$ 2.100,00

Como base de amortización hemos tomado el valor de adquisición del inmueble en el momento de su afectación a la actividad: $(300.000 + 50.000) = 350.000$ euros.

- (3) En relación con el mobiliario resulta de aplicación el supuesto de amortización acelerada previsto en el artículo 103 de la Ley del impuesto sobre sociedades (Ley del IS) para elementos del inmovilizado material adquiridos nuevos en el ámbito de las empresas de reducida dimensión, que permite amortizar en función del porcentaje que resulte de multiplicar por 2 el coeficiente de amortización lineal máximo previsto en las tablas de amortización, para este caso el 10% según la tabla de amortizaciones simplificada aprobada por Orden de 27 de marzo de 1998: $40.000 \times 0,10 \times 2 \times 4/12 = 2.666,67$ euros.
- (4) En relación con el equipo informático resulta de aplicación el supuesto de amortización acelerada previsto en el artículo 103 de la Ley del IS para elementos del inmovilizado material adquiridos nuevos en el ámbito de las empresas de reducida dimensión, que permite amortizar en función del porcentaje que resulte de multiplicar por 2 el coeficiente de amortización lineal máximo previsto en las tablas de amortización, para este caso el 26% según la tabla de amortizaciones simplificada aprobada por Orden de 27 de marzo de 1998: $10.000 \times 0,26 \times 2 \times 4/12 = 1.733,33$ euros.
- (5) Con el límite de 2.000 euros (art. 30.2.4.^a de la Ley del IRPF).
- (6) Resulta de aplicación la reducción del 20% prevista en el artículo 32.3 de la Ley del IRPF por el inicio de una actividad económica nueva, por el siguiente importe: $40.666,66 \times 0,20 = 8.133,33$ euros.
- (7) En el año de inicio de la actividad profesional y en los dos siguientes el tipo de retención aplicable es el 7% (art. 95.1 del Reglamento del IRPF).

3. Determinación de los rendimientos netos reducidos del capital inmobiliario y de las rentas inmobiliarias imputadas

- **Rendimientos netos reducidos del capital inmobiliario.**

No se determinan rendimientos del capital inmobiliario.

- **Rentas inmobiliarias imputadas.**

– Obtenidas por don Antonio:

Inmueble adquirido por herencia, hasta su afectación a la actividad:

Valor catastral revisado (150.000 × 8/12)	100.000,00
Renta inmobiliaria imputada (1,1 % s/100.000)	1.100,00

– Obtenidos por doña María:

Apartamento en la playa adquirido por herencia, hasta su transmisión:

Valor catastral revisado (100.000 × 3/12)	25.000,00
Renta inmobiliaria imputada (1,1 % s/25.000)	275,00

4. Determinación de los rendimientos netos reducidos del capital mobiliario y de los pagos a cuenta efectuados

Obtenidos por el matrimonio imputables por mitades a ambos cónyuges

- Cuantificación del rendimiento derivado de la enajenación de las 20 letras del Tesoro:

Valor de transmisión	50.000,00
Valor de adquisición (3.000 × 20)	-60.000,00
Rendimiento neto negativo	-10.000,00
Rendimiento neto reducido imputable a 2016 (1)	-5.000,00

Nota:

- (1) Debe tenerse en cuenta que se enajenan 20 letras del Tesoro el 15 de octubre de 2016, pero el 1 de diciembre del mismo año, antes de transcurridos dos meses por lo tanto, se adquieren otras 10 letras del Tesoro. Así las cosas, de acuerdo con el artículo 25.2 b), último párrafo, de la Ley del IRPF, los rendimientos negativos que proporcionalmente correspondan a las 10 letras del Tesoro adquiridas de nuevo se integrarán en la base imponible a medida que estas se transmitan, al tratarse de activos financieros homogéneos adquiridos dentro de los dos meses anteriores o posteriores a la operación que ha generado los rendimientos negativos.

Por lo tanto, formarán parte de la base imponible del ahorro en 2016, como rendimientos netos negativos del capital mobiliario, únicamente 5.000 euros. Los 5.000 euros restantes (10.000 × 10/20) se integrarán en la base imponible del

ahorro de los periodos impositivos siguientes, a medida que sean enajenadas las 10 letras del Tesoro que aún permanecen en el patrimonio del matrimonio.

- Intereses de depósitos bancarios y retribución en especie que constituye el televisor recibido gratis:

Intereses depósitos bancarios	100,00
Retribución en especie IPF (televisor) (1)	800,00
Retenciones e ingresos a cuenta ($100,00 \times 0,19 + 136,80$)	155,80

Nota:

- (1) La retribución en especie que constituye el televisor recibido gratis se computa por su valor de mercado (800 €), sin añadir el ingreso a cuenta, puesto que le ha sido repercutido a don Juan, tal como sigue:

Base para el ingreso a cuenta	720,00
Coste para la entidad	600,00
Incremento 20% ($600 \times 0,20$)	120,00
Ingreso a cuenta ($720 \times 0,19$)	136,80

- Rendimiento contrato financiero atípico (producto estructurado referenciado a la cotización de acciones de Telefónica):

Aportación a la formalización contrato	100.000,00
Percibido a la liquidación contrato	75.342,46
Rendimiento neto negativo	-24.657,54

Obtenidos por doña María

Ingresos íntegros por dividendos	10.000,00
Gastos fiscalmente deducibles	-500,00
Rendimiento neto reducido	9.500,00
Retenciones soportadas ($10.000,00 \times 0,19$)	1.900,00

Resumen rendimientos capital mobiliario y retenciones soportadas

Concepto	Don Antonio	Doña María	Comunes
Letras del Tesoro	-2.500,00	-2.500,00	-5.000,00
Intereses depósitos bancarios	50,00	50,00	100,00
Retribución en especie (televisor)	400,00	400,00	800,00
Producto estructurado	-12.328,77	-12.328,77	-24.657,54
Dividendos	0,00	9.500,00	9.500,00
Total rendimientos netos capital mobiliario base imponible del ahorro	-14.378,77	-4.878,77	-19.257,54
Retenciones e ingresos a cuenta soportados	77,90	1.977,90	2.055,80

5. Determinación de las ganancias y pérdidas patrimoniales y cuantificación de las retenciones a cuenta procedentes soportadas

Realizadas por el matrimonio imputables por mitades a ambos cónyuges

- Traspaso del «Fondo de inversión A» al «Fondo de inversión B».

Determina una ganancia patrimonial que no se integra en la base imponible, pues el artículo 94.1 a) de la Ley del IRPF establece un régimen de diferimiento cuando, como es el caso, el importe obtenido como consecuencia del reembolso o transmisión de las participaciones sea destinado a la suscripción de participaciones en otro fondo de inversión. Las nuevas participaciones suscritas conservarán el valor y la fecha de adquisición de las transmitidas, a efectos de futuras transmisiones.

- Transmisión de 2.000 participaciones del «Fondo de inversión B».

Don Antonio posee un total de 3.500 participaciones del «Fondo de inversión B», de las cuales 3.000 proceden del traspaso del «Fondo de inversión A» y tienen, según se acaba de señalar, un coste de adquisición de 70.000 euros (coste unitario de $70.000/3.000 = 23,33$ €) y se entienden adquiridas el 1 de marzo de 2014 y las 500 restantes tienen un coste de adquisición de 15.000 euros (coste unitario de $15.000/500 = 30$ €) y fueron adquiridas el 1 de abril de 2015. Pues bien, como quiera que la ganancia o pérdida patrimonial vendrá dada por diferencia entre los valores de transmisión y adquisición, siguiendo un criterio FIFO, es decir, que se entienden transmitidas las participaciones que fueron adquiridas en primer lugar (art. 37.2 de la Ley del IRPF), tendremos:

Valor de transmisión	90.000,00
Valor de adquisición (2.000 × 23,33)	-46.666,67
Ganancia patrimonial (1)	43.333,33
Retención a cuenta (43.333,33 × 0,19)	8.233,33

Nota:

- (1) Ganancia patrimonial que se integra en la base imponible del ahorro, al derivarse de una transmisión, imputándose por mitades a ambos cónyuges.

Realizadas por doña María

- Transmisión apartamento en la playa el 1 de abril de 2016.

Cálculo de la ganancia patrimonial sabiendo que no resultan de aplicación los coeficientes de actualización a los valores de adquisición de bienes inmuebles y que los coeficientes de abatimiento en el régimen transitorio según la disposición transitoria novena de la Ley del IRPF solamente resultan de aplicación respecto de la parte de la ganancia patrimonial que se corresponda proporcionalmente con un valor de transmisión de hasta 400.000 euros:

Valor de transmisión	200.000,00
Valor de adquisición	-50.000,00
Ganancia patrimonial «previa»	150.000,00

Determinamos la ganancia patrimonial que se entiende generada con anterioridad al 20 de enero de 2006:

- Periodo de permanencia hasta 20-01-2006 4.860 días
- Periodo de permanencia hasta transmisión 01-04-2016 8.552 días

Luego la ganancia patrimonial que se entiende generada con anterioridad al 20 de enero de 2006 será:

$$[150.000,00 \times 4.860/8.552] = 85.243,21 \text{ euros}$$

Como el valor de transmisión de todas las operaciones realizadas desde el 1 de enero de 2015, que determinan alteraciones de patrimonio susceptibles de ser objeto de abatimiento según la disposición transitoria novena de la Ley del IRPF, no supera los 400.000 euros, la totalidad de la ganancia patrimonial obtenida que se entiende

generada con anterioridad al 20 de enero de 2006 puede ser objeto de reducción. Determinamos ahora la reducción por aplicación de la disposición transitoria novena de la Ley del IRPF:

Periodo permanencia computable hasta 31-12-1996	≈5 años
Coefficiente reductor $[(5 - 2) \times 11,11\%]$	33,33%
Reducción régimen transitorio $(85.243,21 \times 0,3333)$	28.411,56

Ganancia patrimonial a integrar en la base imponible del ahorro:

Ganancia patrimonial «previa»	150.000,00
Reducción régimen transitorio	<u>-28.411,56</u>
Ganancia patrimonial base imponible del ahorro	121.588,44

- Transmisión del primer paquete de acciones el 1 de mayo de 2016.

Valor de transmisión	125.000,00
Valor de adquisición	<u>-140.000,00</u>
Pérdida patrimonial base imponible del ahorro	-15.000,00

Como se ha determinado una pérdida patrimonial, no resulta de aplicación la disposición transitoria novena de la Ley del IRPF.

- Transmisión del segundo paquete de acciones el 1 de julio de 2016.

Valor de transmisión	150.000,00
Valor de adquisición	<u>-100.000,00</u>
Ganancia patrimonial «previa»	50.000,00

Determinamos la ganancia patrimonial que se entiende generada con anterioridad al 20 de enero de 2006:

Valor impuesto sobre el patrimonio 2005	125.000,00
Valor de adquisición	<u>-100.000,00</u>
Diferencia	25.000,00

Como el valor de transmisión acumulado de todas las operaciones realizadas desde el 1 de enero de 2015, que determinan alteraciones de patrimonio susceptibles de ser objeto de abatimiento según la disposición transitoria novena de la Ley del

IRPF (al no computarse la transmisión del primer paquete de acciones que genera una pérdida patrimonial), no supera los 400.000 euros, la totalidad de la ganancia patrimonial obtenida que se entiende generada con anterioridad al 20 de enero de 2006 puede ser objeto de reducción.

Determinamos ahora la reducción por aplicación de la disposición transitoria novena de la Ley del IRPF:

Periodo permanencia computable hasta 31-12-1996	≈5 años
Coefficiente reductor [(5 - 2) × 25%]	75%
Reducción régimen transitorio (25.000 × 0,75)	18.750,00

Ganancia patrimonial a integrar en la base imponible del ahorro:

Ganancia patrimonial «previa»	50.000,00
Reducción régimen transitorio	-18.750,00
Ganancia patrimonial base imponible del ahorro	31.250,00

- Transmisión del tercer paquete de acciones el 1 de septiembre de 2016.

Valor de transmisión	200.000,00
Valor de adquisición	-100.000,00
Ganancia patrimonial «previa»	100.000,00

Como el valor de cotización media del último trimestre de 2005, según la Orden EHA/492/2005, esto es, su valor a efectos del impuesto sobre el patrimonio, resulta superior al valor de transmisión, la totalidad de la ganancia patrimonial obtenida se entiende generada con anterioridad al 20 de enero de 2006.

Como con esta última operación el valor de transmisión acumulado de todas las operaciones realizadas desde el 1 de enero de 2015, que determinan alteraciones de patrimonio susceptibles de ser objeto de abatimiento según la disposición transitoria novena de la Ley del IRPF (aun no computándose la transmisión del primer paquete de acciones que genera una pérdida patrimonial), supera los 400.000 euros, solamente la parte de la ganancia patrimonial obtenida que se entiende generada con anterioridad al 20 de enero de 2006, que proporcionalmente corresponda a la parte del valor de transmisión que resta para alcanzar dicho límite, respecto del importe total de esta última operación, puede ser objeto de reducción.

Luego la parte de la ganancia patrimonial obtenida que puede ser objeto de reducción será:

$$100.000 \times (400.000 - 200.000 - 150.000)/200.000 = 25.000,00 \text{ euros}$$

El importe de la reducción por abatimiento será:

Periodo permanencia computable hasta 31-12-1996	≈5 años
Coefficiente reductor [(5 - 2) × 25%]	75%
Reducción régimen transitorio (25.000,00 × 0,75)	18.750,00

Ganancia patrimonial a integrar en la base imponible del ahorro:

Ganancia patrimonial «previa».....	100.000,00
Reducción régimen transitorio.....	-18.750,00
Ganancia patrimonial base imponible del ahorro	81.250,00

Resumen ganancias y pérdidas patrimoniales y retenciones soportadas

	Don Antonio	Doña María	Comunes
Fondo inversión B	21.666,66	21.666,66	43.333,33
Apartamento en la playa	0,00	121.588,44	121.588,44
Primer paquete de acciones	0,00	-15.000,00	-15.000,00
Segundo paquete de acciones	0,00	31.250,00	31.250,00
Tercer paquete de acciones	0,00	81.250,00	81.250,00
Total ganancias y pérdidas patrimoniales base imponible del ahorro	21.666,66	240.755,10	262.421,77
Retenciones soportadas	4.116,66	4.116,66	8.233,33

6. Determinación de la base imponible, general y del ahorro, y de la base liquidable, general y del ahorro, tanto en el régimen de tributación individual como en el de tributación conjunta

Determinación de la base imponible y liquidable general

Categoría de renta/concepto	Don Antonio	Doña María	Conjunta
Rendimiento neto reducido del trabajo personal	163.500,00	0,00	163.500,00
			.../...

Categoría de renta/concepto	Don Antonio	Doña María	Conjunta
.../...			
Rendimiento neto reducido de actividades económicas	32.533,33	0,00	32.533,33
Rendimiento neto reducido del capital inmobiliario ...	0,00	0,00	0,00
Rentas inmobiliarias imputadas	1.100,00	275,00	1.375,00
Base imponible general	197.133,33	275,00	197.408,33
Reducción por tributación conjunta	0,00	0,00	-3.400,00
Reducción por aportación planes pensiones	-10.500,00	0,00	-10.500,00
Base liquidable general	186.633,33	275,00	183.508,44

Determinación de la base imponible y liquidable del ahorro

Categoría de renta/concepto	Don Juan	Doña María	Conjunta
Rendimiento neto reducido del capital mobiliario ...	-14.378,77 (1)	-4.878,77 (2)	-19.257,54 (3)
Ganancias y pérdidas patrimoniales base imponible del ahorro	21.666,66	240.755,10	262.421,77
Base imponible del ahorro	18.416,66 (1)	235.876,33 (2)	243.164,23 (3)
Reducciones	0,00	0,00	0,00
Base liquidable del ahorro	18.416,66	235.876,33	243.164,23

Notas:

- (1) El rendimiento neto reducido negativo del capital mobiliario se compensa con la ganancia patrimonial neta derivada de transmisiones con el límite del 15% de su importe ($21.666,66 \times 0,15 = 3.250,00 \text{ €}$), el exceso ($14.378,77 - 3.250,00 = 11.128,77 \text{ €}$) se traslada a los cuatro ejercicios siguientes para su compensación con el mismo orden (art. 49 y disp. adic. 12.^a de la Ley del IRPF). Luego la base liquidable del ahorro será: $(21.666,66 - 3.250,00) = 18.416,66$ euros.
- (2) El rendimiento neto reducido negativo del capital mobiliario se compensa con la ganancia patrimonial neta derivada de transmisiones con el límite del 15% de su importe ($240.755,10 \times 0,15 = 36.113,26 \text{ €}$), el exceso (no existe en este caso) se traslada a los cuatro ejercicios siguientes para su compensación con el mismo orden (art. 49 y disp.

adic. 12.^a de la Ley del IRPF). Luego la base liquidable del ahorro será: $(240.755,10 - 4.878,77) = 235.876,33$ euros.

- (3) El rendimiento neto reducido negativo del capital mobiliario se compensa con la ganancia patrimonial neta derivada de transmisiones con el límite del 15% de su importe $(262.421,77 \times 0,15 = 39.363,26 \text{ €})$, el exceso (no existe en este caso) se traslada a los cuatro ejercicios siguientes para su compensación con el mismo orden (art. 49 y disp. adic. 12.^a de la Ley del IRPF). Luego la base liquidable del ahorro será: $(262.421,77 - 19.257,54) = 243.164,23$ euros.

7. Determinación del mínimo personal y familiar y, en su caso, la cuantía de la deducción por inversión en vivienda habitual, de la deducción por inversión de beneficios y de las deducciones por familia numerosa y por personas con discapacidad a cargo que, en su caso, resulten procedentes, tanto en el régimen de tributación individual como en el de tributación conjunta

Determinación del mínimo personal y familiar, estatal y autonómico

Castilla y León no tiene establecido para 2016 mínimo personal y familiar autonómico, por lo que el mínimo personal y familiar autonómico es coincidente con el estatal:

	Don Antonio	Doña María	Conjunta
Mínimo del contribuyente	5.550,00	5.550,00	5.550,00
Mínimo por descendientes	4.550,00 (1)	4.550,00 (1)	9.100,00(1)
Mínimo por ascendientes	0,00 (2)	0,00	0,00 (2)
Mínimo por discapacidad del contribuyente	3.000,00 (3)	0,00	3.000,00 (3)
Mínimo por discapacidad de descendientes	1.500,00 (4)	1.500,00 (4)	3.000,00 (4)
Mínimo por discapacidad de ascendientes	0,00 (2)	0,00 (2)	0,00 (2)
Total mínimo personal y familiar	14.600,00	11.600,00	20.650,00

Notas:

- (1) El hijo de 29 años (mayor de 25 años) con discapacidad computa a efectos del mínimo por descendientes: $(2.400,00 + 2.700,00 + 4.000,00)/2 = 4.550,00$ euros.
- (2) La madre de don Antonio, con 85 años cumplidos a la fecha de devengo del impuesto, no obtiene rentas, excluidas las exentas, por importe superior a 8.000 euros (la pensión

que percibe por incapacidad permanente absoluta por importe de 20.000 € está exenta). Ahora bien está obligada a declarar pues los intereses que percibe por el préstamo para la compra de su vivienda habitual (2.100,00 € en 2016) resultan superiores a 1.000 euros. No genera el derecho a aplicar mínimo por ascendientes.

- (3) Mínimo por discapacidad del contribuyente con un grado de minusvalía del 33 %.
- (4) Mínimo por discapacidad del hijo de 29 años con un grado de minusvalía del 33 %.

Deducción por adquisición de vivienda habitual correspondiente a ambos cónyuges, al resultar de aplicación la disposición transitoria decimoctava de la Ley del IRPF

- En el régimen de tributación conjunta.

Importe de la inversión (10.000 + 2.100)	12.100,00
Base máxima de deducción	9.040,00
Importe de la deducción	1.356,00
Estatal (9.040 × 0,075)	678,00
Autonómica (9.040 × 0,075)	678,00

- En el régimen de tributación individual, cada cónyuge aplicaría una deducción por importe de:

Base deducción (12.100/2)	6.050,00
Importe de la deducción	907,50
Estatal (6.050 × 0,075)	453,75
Autonómica (6.050 × 0,075)	453,75

Deducción por inversión de beneficios correspondiente a don Antonio

Don Antonio podrá aplicar la deducción por inversión de beneficios en los términos previstos en los artículos 68.2 de la Ley del IRPF. La deducción resulta aplicable en 2016, año en el que se materializa la inversión de los beneficios de la actividad (en concreto, en mobiliario y en el equipo informático adquirido nuevo por un total de 50.000 €) y el rendimiento neto computable como base de la deducción será la cuantía equivalente a la parte de la base liquidable general positiva de 2016 que corresponda a tales rendimientos, con el límite del importe invertido.

- En el régimen de tributación conjunta.
 - Rendimientos computables como base de deducción, esto es, la cuantía equivalente de la base liquidable general correspondiente a rendimientos de la actividad: $(183.508,44 \times 32.533,33/197.408,33) = 30.242,59$ euros.
 - Cuantificación de la deducción:

Base deducción	30.242,59
Importe invertido	50.000,00
Rendimientos computables base deducción	30.242,59
Importe deducción $(30.242,59 \times 0,025)$ (1)	756,06

- En el régimen de tributación individual.
 - Rendimientos computables como base de deducción, esto es, la cuantía equivalente de la base liquidable general correspondiente a rendimientos de la actividad: $(186.633,33 \times 32.533,33/197.133,33) = 30.800,49$ euros.
 - Cuantificación de la deducción:

Base deducción	30.800,49
Importe invertido	50.000,00
Rendimientos computables base deducción	30.800,49
Importe deducción $(30.800,49 \times 0,025)$ (1)	770,01

Nota:

- (1) El coeficiente de deducción aplicable es el 2,5% al resultar de aplicación la reducción del 20% prevista en el artículo 32.3 de la Ley del IRPF por el inicio de una actividad económica nueva.

Deducciones por familia numerosa y por personas con discapacidad a cargo

- Según el artículo 81 bis de la Ley del IRPF, don Antonio, tanto en el régimen de tributación individual como en el de tributación conjunta, tiene derecho a una deducción por familia numerosa de 1.200,00 euros.
- Según el artículo 81 bis de la Ley del IRPF, don Antonio, tanto en el régimen de tributación individual como en el de tributación conjunta, tiene derecho a una deducción por descendiente con discapacidad a cargo de 1.200,00 euros.

- Según el artículo 81 bis de la Ley del IRPF, don Antonio no tiene derecho, por su madre de 85 años con un grado de minusvalía del 67%, ni en el régimen de tributación individual ni en el de tributación conjunta, a deducción por ascendiente con discapacidad a cargo, puesto que no tiene derecho a la aplicación del mínimo por ascendientes previsto en el artículo 59 de la Ley del IRPF.

8. Determinación de las cuotas íntegra, líquida, diferencial y a ingresar o devolver en el régimen de tributación conjunta, opción que vamos a suponer más favorable, sabiendo que no se ha solicitado el abono anticipado de las deducciones por familia numerosa y por personas con discapacidad a cargo

Base liquidable general	183.508,44
Cuota íntegra previa base liquidable general	72.292,98
Estatal	36.740,14
Autonómica	35.552,84
Cuota íntegra mínimo personal y familiar	-4.356,00
Estatal	2.180,25
Autonómica	2.175,75
Cuota íntegra base liquidable general	67.936,98
Estatal (36.740,14 – 2.180,25)	34.559,89
Autonómica (35.552,84 – 2.175,75)	33.377,09
Base liquidable del ahorro	243.164,23
Cuota íntegra base liquidable del ahorro	54.807,76
Estatal	27.403,88
(6.000 × 0,095 + 44.000 × 0,105 + 193.164,23 × 0,115)	
Autonómica	27.403,88
(6.000 × 0,095 + 44.000 × 0,105 + 193.164,23 × 0,115)	
Cuota íntegra total (67.936,98 + 54.807,76)	122.744,74
Estatal (34.559,89 + 27.403,88)	61.963,77
Autonómica (33.377,09 + 27.403,88)	60.780,97

Deducciones de la cuota (1.356,00 + 756,06)		-2.112,06
Por adquisición de vivienda habitual	1.356,00	
Estatal	678,00	
Autonómica	678,00	
Por inversión de beneficios	756,06	
Estatal	378,03	
Autonómica	378,03	
Cuota líquida total		120.632,68
Retenciones a cuenta		-71.779,08
Sobre rendimientos trabajo personal	57.289,95	
Sobre rendimientos actividades económicas	4.200,00	
Sobre rendimientos capital mobiliario	2.055,80	
Sobre ganancias patrimoniales	8.233,33	
Cuota diferencial		48.853,60
Deducción por familia numerosa		-1.200,00
Deducción por personas con discapacidad a cargo		-1.200,00
Resultado de la declaración a ingresar		46.453,60

LA LEY DE TRANSPARENCIA Y LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO: LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA CONTABILIDAD

Belén Álvarez Pérez

Profesora Titular de Contabilidad.

Universidad de Oviedo

EXTRACTO

La entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, exige a un amplio número de sujetos la obligación de facilitar información sobre su organización, cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad, entre ellos a las entidades sin fines lucrativos (ESFL) que cumplan determinados requisitos. Este trabajo tiene como objetivo concretar los ámbitos informativos solicitados legalmente a las ESFL (hay que tener presente que la ley surge, inicialmente, para ser aplicada a las Administraciones públicas) y realizar sugerencias concretas para facilitar tanto su comunicación como comprensión por parte de sus potenciales usuarios, especialmente en el ámbito de la información económica.

Palabras clave: entidades no lucrativas, Ley 19/2013 de transparencia y obligaciones de información en ESFL.

THE LAW OF TRANSPARENCY AND NON-PROFIT ORGANIZATIONS: THE REPORTING OBLIGATIONS AND THEIR RELATIONSHIP WITH THE ACCOUNTING

Belén Álvarez Pérez

ABSTRACT

The entry into force of Law 19/2013, of December 9, transparency, access to public information and good governance requires a large number of subjects required to provide information about their organization. Including the non-profit organizations (NPO) that meet certain requirements. This paper aims to determine the information legally required to NPO and concrete suggestions to facilitate communication and understanding by potential users, especially in the field of economic information.

Keywords: non-profit organizations, Ley 19/2013 de transparencia and reporting obligations for NPO.

Sumario

1. Consideraciones previas
2. Obligaciones informativas y su comunicación
3. Información institucional, organizativa y de planificación
 - 3.1. Información institucional, organizativa y de planificación obligatoria para ESFL
 - 3.2. Propuestas de información institucional, organizativa y de planificación voluntaria para ESFL
4. Información económica, presupuestaria y estadística
 - 4.1. Información económica, presupuestaria y estadística obligatoria para ESFL
 - 4.1.1. Contratos
 - 4.1.2. Relación de convenios suscritos
 - 4.1.3. Subvenciones
 - 4.2. Propuestas de información económica, presupuestaria y estadística voluntaria para ESFL
 - 4.2.1. Informe de auditoría y cuentas anuales
 - 4.2.1.1. Balance
 - 4.2.1.2. Cuenta de resultados
 - 4.2.2. Información sobre retribución de altos cargos
 - 4.2.3. Información previsional
5. Conclusiones

Referencias normativas

NOTA: El presente trabajo se realiza dentro del marco del proyecto de investigación FC-15-GRUPIN14-039 (Plan de Ciencia, Tecnología e Innovación 2013-2017 del Principado de Asturias-FEDER).

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Las entidades sin finalidad lucrativa (en adelante, ESFL) son organizaciones de gran relevancia e influencia en la sociedad que contribuyen a la mejora social aun trabajando en ámbitos tan dispares como la innovación, la atención social o la difusión cultural, entre otros. En los últimos tiempos, su credibilidad se ha visto mermada, en parte, por la falta de transparencia del sector, generando en algunos casos que su imagen pública esté empañada por falsas ideas y desconocimiento general sobre sus actuaciones y, especialmente, el origen y uso de sus fondos. Ante esta situación, conscientes de la necesidad de transmisión de información sobre sí mismas, y ante la ausencia de una Ley de transparencia específica para el sector no lucrativo, numerosas entidades han elaborado sus propios códigos para la mejora de su gobierno y transparencia, o han adoptado modelos ya existentes de buenas prácticas que incorporan una serie de recomendaciones que, desde la voluntariedad, ayuden a reflexionar con el fin de mejorar los modos de hacer y de contar lo que se hace¹.

Esta situación de voluntariedad ante la transparencia informativa cambia para algunas ESFL a partir de la entrada en vigor de la *Ley de 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*², de modo que aquellas que cumplan determinados requisitos tendrán la obligación de sujetarse a ella y facilitar información sobre sí mismas.

La Ley 19/2013 es una norma básica con muchos preceptos de obligada aplicación en todo el territorio nacional, como nos señala su disposición final octava, ya que afecta a las condiciones básicas que regulan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, pretende coordinar la planificación general de la actividad económica y es una norma básica para el régimen jurídico de las Administraciones públicas.

¹ Como, por ejemplo, el documento «Buen gobierno y buenas prácticas de gestión para las fundaciones y criterios para su desarrollo por las fundaciones», elaborado por la Asociación Española de Fundaciones (AEF) en 2011, o la «Guía práctica de buen gobierno para las ONG: asociaciones de utilidad pública y fundaciones» (noviembre 2013) elaborada por el Instituto de Consejeros-Administradores (IC-A), que nace desde el sector y ha contado con la participación de numerosas asociaciones y fundaciones de diferentes tamaños y procedencias, así como la propia Plataforma del Tercer Sector (PTS), la AEF y la Coordinadora ONG para el Desarrollo España (CONGDE).

² El título preliminar, el título I, que contiene las normas que afectan a las ESFL, y el título III entraron en vigor el 11 de diciembre de 2014, al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

No obstante, el hecho de que sea una norma básica no impide su desarrollo por las comunidades autónomas, como así han hecho Andalucía³, Aragón⁴, Baleares⁵, Canarias⁶, Castilla y León⁷, Cataluña⁸, Comunidad Valenciana⁹, Extremadura¹⁰, Galicia¹¹, La Rioja¹², Murcia¹³ y Navarra¹⁴.

La Ley 19/2013 tiene un triple alcance ya que incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública, reconoce y garantiza el acceso a la información y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento. Con esta ley se avanza y se profundiza en la configuración de obligaciones de publicidad activa, aplicándose no solo a Administraciones públicas, sino a determinadas entidades que, por su especial relevancia pública, o por su condición de perceptores de fondos públicos, vendrán obligadas a reforzar la transparencia de su actividad, siendo en este último caso donde encajan algunas ESFL.

La entrada en vigor de Ley 19/2013 exige a un amplio número de sujetos la obligación de facilitar información sobre su organización, cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad. A los efectos que ahora nos interesan, se engloban dentro del ámbito de aplicación de esta ley:

- Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones (art. 2, Ley 19/2013).
- Las fundaciones privadas que cumplan una de las siguientes condiciones (art. 3 b), Ley 19/2013):
 - Perciban, durante el periodo de un año, subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros anuales.

³ Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

⁴ Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón.

⁵ Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la Buena Administración y del Buen Gobierno de las Illes Balears

⁶ Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública de Canarias.

⁷ Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León.

⁸ Ley Catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

⁹ Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.

¹⁰ Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.

¹¹ Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno.

¹² Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja.

¹³ Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

¹⁴ Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto.

- La cuantía de las subvenciones públicas percibidas iguallen o superen al 40% del total de sus ingresos anuales, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.

Este trabajo delimita las consecuencias que para las fundaciones obligadas a ello suponga la aplicación de la Ley de transparencia; persiguiendo un triple objetivo:

- Determinar las obligaciones que la entrada en vigor de la Ley 19/2013 supone para las ESFL.
- Concretar los ámbitos informativos solicitados legalmente a estas entidades (hay que tener presente que la ley estaba inicialmente prevista para Administraciones públicas).
- Realizar sugerencias concretas para facilitar la comunicación de la información sujeta a las obligaciones de transparencia por parte de las ESFL y su comprensión por parte de sus potenciales usuarios, especialmente en el ámbito de la información económica.

2. OBLIGACIONES INFORMATIVAS Y SU COMUNICACIÓN

La Ley 19/2013 establece una serie de obligaciones para los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, los cuales tendrán que difundir determinada información sin esperar una solicitud concreta de los administrados.

En términos generales, la información a facilitar por los sujetos obligados se enmarca en tres ámbitos:

- a) *Institucional, organizativa y de planificación*: deberán informar sobre las funciones que desarrollan las entidades, normativa que les sea de aplicación y estructura organizativa. A estos efectos, se incluirá un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria. Las Administraciones públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales (art. 6, Ley 19/2013).
- b) *De relevancia jurídica*: supone la publicación de directrices, instrucciones, circulares, respuestas a consultas planteadas por los particulares, anteproyectos de ley y proyectos de decretos legislativos cuya iniciativa corresponda a la entidad que publica la información (art. 7, Ley 19/2013).
- c) *Económica, presupuestaria y estadística*: implica información relativa a contratos, convenios suscritos, subvenciones y ayudas públicas, cuentas anuales, retribuciones de altos cargos, declaraciones de bienes, etc. (art. 8, Ley 19/2013).

La información relativa a «relevancia jurídica» considero que solo es obligatoria para las Administraciones públicas, contemplando un amplio repertorio de documentos que a través de su publicación proporcionarán una mayor seguridad jurídica al ciudadano (instrucciones, circulares, respuestas a consultas, anteproyectos de ley, etc.). Por tanto, las ESFL quedan solo obligadas a facilitar información, por una parte, de índole *institucional, organizativa y de planificación* y, por otra, *económica, presupuestaria y estadística*.

Asimismo, la información a suministrar será publicada en sus correspondientes sedes electrónicas o páginas web de una manera gratuita, clara, estructurada, con buscadores accesibles, entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Además, la ley impone que la comunicación se haga teniendo especial atención a personas con discapacidad, utilizando para ello los medios que se consideren necesarios (principio de accesibilidad universal). Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización.

Cuando se trate de ESFL que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a 50.000 euros, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta ley podrá realizarse sirviéndose de los medios electrónicos puestos a su disposición por la Administración pública de la que provengan la mayor parte de las ayudas o subvenciones públicas que perciban. De este modo la norma prevé un apoyo a entidades menores que por su propia naturaleza precisan este tipo de ayuda.

Dado que en las ESFL, entidades objeto de este estudio, las únicas obligaciones informativas se circunscriben a los ámbitos institucional y económico, serán estos los que serán analizados en los epígrafes siguientes a fin de determinar qué información deben incluir obligatoriamente desde una perspectiva legal y cuál, no siendo obligatoria legalmente, podrían facilitar con el fin de reforzar el objetivo de transparencia de la organización.

3. INFORMACIÓN INSTITUCIONAL, ORGANIZATIVA Y DE PLANIFICACIÓN

Dentro de este ámbito informativo, las entidades, tal y como señala el artículo 6 de la Ley 19/2013, publicarán información relativa a las funciones que realizan, las normas a las que están sometidas y el modo en que se organiza su estructura, debiendo reflejar dicha información en un organigrama completo que permita identificar a los responsables de los diferentes órganos con sus correspondientes *curriculum vitae*.

Para dar cumplida cuenta de los requisitos informativos amparados en este ámbito institucional se proponen cuatro bloques informativos, los tres primeros de cumplimiento obligatorio y el cuarto de carácter voluntario:

- Bloque 1. Datos generales de la entidad.
- Bloque 2. Organigrama de la entidad.
- Bloque 3. Fines y actividades propias¹⁵.
- Bloque 4. Planes y programas anuales y plurianuales.

3.1. INFORMACIÓN INSTITUCIONAL, ORGANIZATIVA Y DE PLANIFICACIÓN OBLIGATORIA PARA ESFL

Si atendemos estrictamente a la información solicitada legalmente, las entidades deben cubrir los tres primeros bloques, para los que se propone el siguiente contenido:

- *Bloque 1:* recogerá datos generales de la entidad como dirección, CIF, canales de comunicación, ámbito de actuación, etc.; así como otros que tengan que ver con su constitución y la normativa interna por la que se rige, por ejemplo, códigos ético o de buen gobierno, estatutos, reglamento de incorporación de patronos, etc. Además informará sobre la normativa propia que le es aplicada, ya sea por razón del sujeto o del objeto y que al no ser de carácter general no tiene por qué ser conocida por los terceros que se relacionan con la entidad. Aquí entendemos que se deben describir las normas específicas por las que se rige la entidad, pero no la normativa general, que es muy amplia y difícilmente se podría, ni siquiera, enumerar: leyes de fundaciones, mecenazgo, subvenciones, etc.
- *Bloque 2:* tras informar de los datos generales de la entidad y la normativa específica por la que se rige, se procederá a exponer el organigrama de la entidad, identificando a los responsables, con su perfil y trayectoria profesional. A mi juicio, el organigrama mínimo a incluir, conforme a la Ley 19/2013, sería el previsto estatutariamente, es decir, Patronato, Comisión Ejecutiva (si la hubiera) y director gerente o de áreas (si estuviera prevista la figura estatutariamente), describiendo mínimamente el perfil y la trayectoria profesional de quienes ocupan estos puestos. Por tanto, el anterior apartado contendría los documentos que servirían de base para el desarrollo de este segundo bloque. Como es lógico, la entidad puede desarrollar su organigrama más allá del mínimo exigido legalmente e informar de su estructura hasta el nivel que estime oportuno, una vez cumplido el mínimo legal.

¹⁵ Es interesante aclarar una cuestión terminológica, la Ley 19/2013 habla de «publicar información relativa a *funciones* que se desarrollan», que debe interpretarse en el ámbito no lucrativo en el que estamos circunscribiendo este trabajo como información sobre «fines y actividades».

- *Bloque 3*: información sobre las «funciones desarrolladas», es decir, fines y actividades propias llevadas a cabo por la entidad. Es esta una información expresada tanto en la *Memoria de actividades*, que realizan la mayoría de ellas, como en la Memoria de las cuentas anuales donde la Nota 1. *Actividad de la entidad*, describe los fines de la entidad recogidos en sus estatutos y la actividad o actividades que realiza; y la Nota 24. *Actividad de la entidad. Aplicación de elementos patrimoniales a fines propios. Gastos de Administración*, informa exhaustivamente sobre ellas, identificándolas por sectores, señalando el lugar en que se desarrollan, los recursos humanos y económicos que se emplean para llevarlas a cabo, sus beneficiarios o usuarios y los objetivos e indicadores que se utilizan para medir el resultado de las mismas. Se trata, por tanto, de una información ya elaborada y cuya inclusión en una página expresa de transparencia no debe suponer ningún esfuerzo extra para cualquier entidad, dada la obligatoriedad de elaborar, al menos, cuentas anuales y depositarlas en el Registro de Fundaciones.

3.2. PROPUESTAS DE INFORMACIÓN INSTITUCIONAL, ORGANIZATIVA Y DE PLANIFICACIÓN VOLUNTARIA PARA ESFL

Además de lo anterior, la norma también señala que debería informarse sobre los «planes y programas anuales y plurianuales», que he englobado en el *bloque 4*.

Según señala la Ley de transparencia, en este bloque la entidad debe manifestar los objetivos concretos que se ha fijado, indicando las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Posteriormente, debe informar sobre su grado de cumplimiento y resultados, que deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración. En principio, esta información, tal y como se configura en el artículo 6.2 de la Ley 19/2013 solo debería ser aportada por las Administraciones públicas. No obstante, en el ámbito de las ESFL la información relativa a «planes y programas anuales y plurianuales», tal y como se describe en la Ley 19/2013, podría quedar cubierta, con carácter voluntario, con la publicación de los *Planes de actuación* y los planes estratégicos plurianuales, si los hubiera, que habitualmente elaboran estas instituciones. A mi juicio, aun excediendo de lo legalmente establecido como mínimo, sería una información útil de cara a dar cumplimiento al objetivo fijado por la legislación de incrementar y reforzar la transparencia de las entidades, y con poco coste para estas, pues es una información de la que ya disponen, al menos en parte, aquellas que elaboran *Planes de actuación*.

Según el *Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de Plan de Actuación de las entidades sin fines lucrativos*, las fundaciones de competencia estatal deben elaborar un «*Plan de actuación*» en el que queden reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente. En este plan se incluirá información de:

- Cada una de las actividades propias y mercantiles, identificándolas y señalando las previsiones que hace la entidad sobre los recursos humanos a emplear, sus posibles beneficiarios o usuarios y estableciendo objetivos e indicadores de la realización de las mismas.
- Previsión de recursos económicos a emplear por la entidad (gastos e inversiones) y de recursos económicos a obtener por la entidad (ingresos y otros como deudas u otras obligaciones financieras).
- Cualquier otro indicador que permita comprobar en la memoria el grado de realización de cada actividad o el grado de cumplimiento de los objetivos.

Por tanto, el Real Decreto 1491/2011 prevé que el *Plan de actuación* defina para cada actividad, objetivos a lograr e indicadores que permitan medir su consecución, siendo en la memoria contable donde se informe sobre el grado de cumplimiento de dicho plan¹⁶, lo que permitiría, si está bien elaborada la memoria, cubrir informativamente el aspecto de «indicadores de medida y valoración de la actividad», recogido por la legislación.

Por su parte, en el Plan de Contabilidad de las entidades sin fines lucrativos (PCESFL), aprobado por Resolución de 26 de marzo de 2013 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), se establece que en la Nota 24. *Actividad de la entidad. Aplicación de elementos patrimoniales a fines propios. Gastos de administración* del modelo normal de memoria, apartado 24.1.V. *Desviaciones entre Plan de actuación y datos realizados*, habrá que detallar: «las desviaciones más significativas entre las cantidades previstas en el Plan de actuación y las efectivamente realizadas, indicando sus causas». A tal efecto las entidades deben elaborar cuadros informativos en los que se compare la cuantificación recogida en el *Plan de actuación* para cada objetivo a lograr con una actividad con el valor real obtenido por dicho indicador¹⁷, así como las previsiones sobre los recursos económicos a obtener y utilizar con los realmente conseguidos. De modo que una memoria que incorpore estos datos permitirá cumplir con los requerimientos informativos que según la Ley de transparencia deben incluirse en el apartado de «indicadores de medida y valoración de actividad».

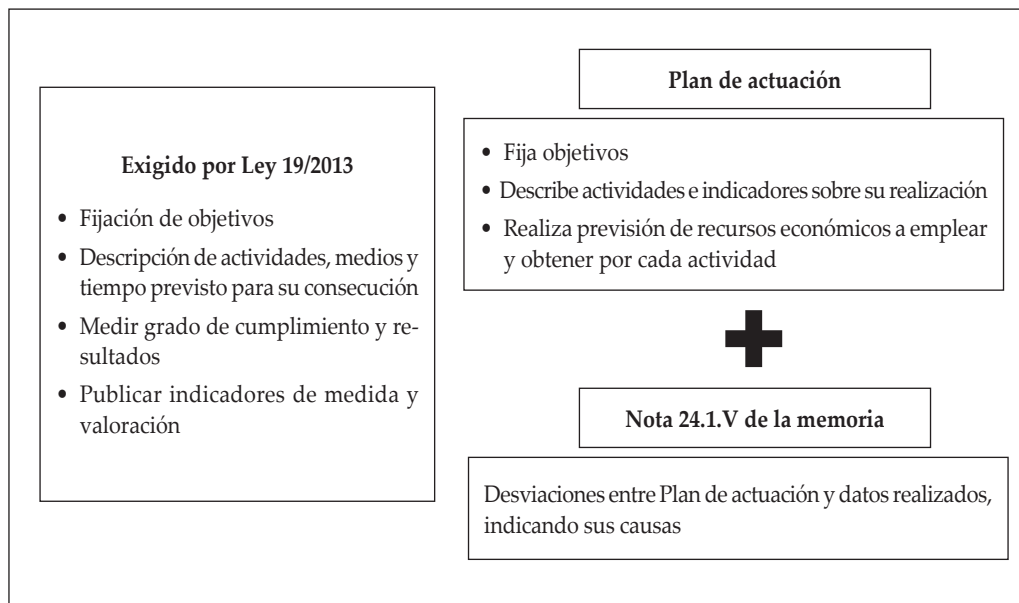
La publicación en la página de transparencia de la entidad de las desviaciones entre *Plan de actuación* y datos realizados incluido en la Nota 24 de la memoria, es a mi juicio suficiente para dar cumplimiento al requerimiento informativo de la Ley 19/2013 sobre este aspecto, que recordamos que no es obligatorio para las ESFL.

A continuación se muestra de modo gráfico el contenido que se propone para cubrir la información, de carácter voluntaria, que conforma este bloque 4 de información institucional.

¹⁶ El Plan de actuación es un documento extracontable, sin embargo del cumplimiento del mismo y de las posibles desviaciones entre previsión y ejecución se informa en la memoria, documento que forma parte de las cuentas anuales obligatorias.

¹⁷ Los indicadores han de estar definidos de modo que puedan medirse, es decir, ser cuantificables.

Bloque 4. Planes y programas anuales y plurianuales



Ante la dificultad de elaboración de indicadores cuantitativos para medir objetivos muchas veces cualitativos, y a fin de facilitar su confección, pueden usarse los indicadores de ejecución de actividad definidos por la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA), cuya Comisión de Entidades Sin Fines Lucrativos ha elaborado un documento en el que se recoge una propuesta de indicadores clasificados en función de la naturaleza de los objetivos a evaluar. En el caso que nos ocupa, bajo la denominación de «indicadores de proyectos», destacan dos de sus propuestas: indicadores de cobertura de necesidades e indicadores de actividad (todos ellos se formulan para entidades que realizan actividades de cooperación, por lo que aquellas que no ejerciten dicha actividad deberán sustituirlos por otros más adecuados en función de sus fines u objetivos).

Indicadores de cobertura: informan sobre la capacidad de la entidad para atender las necesidades de los destinatarios de proyectos. Se proponen:

- Grado de ocupación, que sirve como medida de la eficacia de los programas a través de su tasa de ocupación. Se formula como [suma actual de plazas ocupadas por un proyecto/suma anual de plazas disponibles por proyecto].
- Grado de cobertura de necesidades, mide el grado de atención a los usuarios que han solicitado un servicio y/o respecto del número de usuarios posibles. Se formula como [número solicitudes admitidas por proyecto/número total de solicitudes] y [número de solicitudes admitidas por proyecto/población total objetivo del proyecto].

Indicadores de actividad: miden la actividad a través de la atención a los usuarios. Se proponen:

- Usuarios atendidos por programas, calcula a través de medias ponderadas el número de usuarios atendidos en los diferentes programas. Se formula como [número usuarios programa 1 + número usuarios programa 2 + ... + número usuarios programa n/número de programas].
- Variación anual de usuarios/beneficiarios, señala la variación en el número de usuarios atendidos en los respectivos programas de un año con respecto al anterior. Se formula como: [usuarios en el año N – usuarios en el año N-1/usuarios atendidos en el año N-1].

A estos pueden añadirse otros como:

- Evolución del número de actividades [número actividades a realizar en el año N – número actividades realizadas en el año N-1/número actividades realizadas atendidos en el año N-1].
- Evolución del número de patentes (formulación similar a la anterior).
- Indicadores de producción científica de base bibliométrica, como puede ser la evolución del impacto y visibilidad basados en citas.

Además, en el caso específico de que la ESFL fuera, por ejemplo, un Centro Tecnológico, inscrito en el registro correspondiente, puede informar sobre los requisitos específicos que debe cumplir, adicionalmente a los comunes, para mantener tal condición y que vienen determinados por el *Real Decreto 2093/2008, de 19 de diciembre, por el que se regulan los Centros Tecnológicos y los Centros de Apoyo a la Innovación Tecnológica de ámbito estatal y se crea el registro de tales Centros*, modificado por *Real Decreto 652/2011, de 9 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 2093/2008, de 19 de diciembre, por el que se regulan los Centros Tecnológicos y los Centros de Apoyo a la Innovación Tecnológica de ámbito estatal y se crea el registro de tales Centros*.

Toda ella es información voluntaria, que es factible conseguir si se siguen las indicaciones expuestas, y que redundaría en la consecución de una entidad con mejor imagen pública.

4. INFORMACIÓN ECONÓMICA, PRESUPUESTARIA Y ESTADÍSTICA

En este ámbito informativo, la Ley de transparencia (art. 8, Ley 19/2013) indica que la información relativa a actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que las entidades sujetas a la misma deben hacer pública será:

- «a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

- b) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.
- c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.
- d) Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas.
- e) Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan.
- f) Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo.
- g) Las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local.
- h) Las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Cuando el reglamento no fije los términos en que han de hacerse públicas estas declaraciones se aplicará lo dispuesto en la normativa de conflictos de intereses en el ámbito de la Administración General del Estado. En todo caso, se omitirán los datos relativos a la localización concreta de los bienes inmuebles y se garantizará la privacidad y seguridad de sus titulares.

- i) La información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia, en los términos que defina cada administración competente».

El precepto plantea un problema de interpretación jurídica, ya que en su apartado primero se indica que la información prevista en el mismo deberá ser facilitada por «los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título». Por tanto, afectaría a todas las entidades sujetas a la Ley 19/2013. Ahora bien, el problema surge porque el apartado segundo del artículo 8 de la Ley 19/2013 establece que los sujetos mencionados en el artículo 3, ESFL privadas, deberán publicar la información a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero cuando se trate de contratos o convenios celebrados con una Administración pública. Asimismo, habrán de publicar la información prevista en la letra c) en relación con las subvenciones que reciban cuando el órgano concedente sea una Administración pública. La cuestión controvertida radica en si las ESFL privadas únicamente deben cumplir con las previsiones de este apartado segundo del artículo 8 de la Ley 19/2013 o si solo es una precisión a la información que debe suministrarse conforme al apartado primero.

A mi juicio, deben cumplir con lo previsto en el apartado segundo, ya que mucha de la información solicitada en el apartado primero solo es exigible a Administraciones públicas (apartados g), h) e i). Por tanto, solo les sería requerida legalmente información sobre contratos, convenios y subvenciones relacionados con una Administración pública.

No obstante, también es cierto que hay algunos apartados, como el e) y f) (cuentas anuales, informes de auditoría y retribuciones de altos cargos), que podrían ser incluidos por la ESFL en su portal de transparencia, ya que es información pública que deben depositar, por ejemplo, en el Registro de Fundaciones y su incorporación al portal permitiría mejorar la transparencia y la percepción sobre estas entidades.

La información presupuestaria requerida por la Ley 19/2013 en el apartado d) del punto 1 del artículo 8, está pensada para Administraciones públicas, pues las ESFL no elaboran presupuestos en sentido estricto, sino información previsional que se refleja en sus Planes de actuación. Dichos informes, si así lo ha estimado la entidad, ya han sido facilitados en el apartado «Planes y programas anuales y plurianuales» del bloque de Información institucional, con lo que no sería necesario repetirlo.

A mi entender, podría optarse, por incluir un apartado, con el nombre de «Información previsional», remitiendo a los Planes de actuación del bloque Información institucional, o, aun a costa de ser repetitivos en la publicación de información, incluir los cuadros de «Previsión de recursos económicos a emplear por la entidad» y «Previsión de ingresos y otros recursos a obtener por la entidad» (informan, respectivamente, sobre los gastos e inversiones que se prevén para poder llevar a cabo cada actividad programada; y sobre los ingresos que esperan obtenerse tanto por el desarrollo de actividades como por subvenciones y obligaciones financieras asumidas). Todo ello teniendo presente que sería una información voluntaria y que excede, a nuestro juicio, de los requerimientos estrictamente legales.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, propongo, como modo de plasmar la información de índole económica en el portal de transparencia de una ESFL, la siguiente estructura:

- Bloque 1. Contratos, convenios y subvenciones.
- Bloque 2. Informe de auditoría y cuentas anuales.
- Bloque 3. Información sobre retribuciones de altos cargos y máximos responsables.
- Bloque 4. Información previsional.

El primero de los bloques es de cumplimentación obligatoria y los otros tres de carácter voluntario.

4.1. INFORMACIÓN ECONÓMICA, PRESUPUESTARIA Y ESTADÍSTICA OBLIGATORIA PARA ESFL

Con este bloque se pretende dar cumplimiento a lo previsto en las letras a), b) y c) del artículo 8.1 de la Ley 19/2013, con las especialidades establecidas por el apartado segundo de este precepto en relación con las ESFL privadas, que entiendo es la única información requerida legalmente.

Este bloque puede dividirse, a su vez, en varios apartados: Contratos, convenios y subvenciones.

4.1.1. Contratos

En este apartado debería contenerse la relación de contratos suscritos con Administraciones públicas con indicación del objeto, duración, importe de licitación y adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, el número de licitadores participantes en el procedimiento, así como las modificaciones del contrato. La norma indica que la publicación de los contratos menores podrá realizarse trimestralmente, pero no establece nada sobre la periodicidad con la que deberá darse publicidad al resto de contratos celebrados con Administraciones públicas, aunque parece que lo lógico fuera un plazo menor, por ejemplo, mensual.

Asimismo, se publicarán, obligatoriamente, datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público. Se informará del porcentaje que cada contrato representa sobre el total clasificándolos según el tipo de contrato y el procedimiento de adjudicación.

De manera voluntaria, la información en este apartado puede completarse con una relación de los contratos que se hayan licitado y suscrito con terceros. Si bien, desde la perspectiva de la norma, considero que no existe obligación de difusión de esta información, salvo que sean ESFL que tengan

la calificación de poder adjudicador conforme al artículo 3 del *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, en cuyo caso sí están obligadas a facilitar información sobre las licitaciones que hayan llevado a cabo.

4.1.2. Relación de convenios suscritos

El apartado 2 del artículo 8 de la Ley 19/2013 solo exige publicar los convenios celebrados con Administraciones públicas. La información a suministrar indicará las partes firmantes, objeto del convenio, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas.

Por tanto, no existe obligación de incluir en el portal de transparencia de las ESFL los convenios que estas puedan suscribir con otras entidades no lucrativas o privadas.

La información sobre todos los convenios suscritos por la entidad, independientemente del tipo de entidad u organismo con quien se celebren, figuran en la Nota 24. *Actividad de la entidad. Aplicación de elementos patrimoniales a fines propios. Gastos de administración*¹⁸, por lo que puede ser consultada en dicho estado contable, que se publica en el apartado de «Informes de auditoría y cuentas anuales». En este caso, la normativa de transparencia solo pretende facilitar la identificación de aquellos convenios suscritos con Administraciones, suponemos que con el objeto de controlar mejor que no enmascaren una relación contractual bajo esta forma jurídica.

4.1.3. Subvenciones

El apartado c) del artículo 8.1 de la Ley 19/2013 señala que debe informarse de las subvenciones concedidas. En principio, las ESFL no conceden subvenciones ni ayudas públicas, por lo que no pueden informar de tal hecho. Sin embargo, en el artículo 8.2 se determina que sí se informará de las que reciban cuando el órgano concedente sea una Administración pública. Por tanto, en este apartado se debe informar de las subvenciones públicas percibidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios, información de fácil publicación en una página de transparencia por estar ya contenida en una de las notas de la memoria, la Nota 21. *Subvenciones, donaciones y legados*.

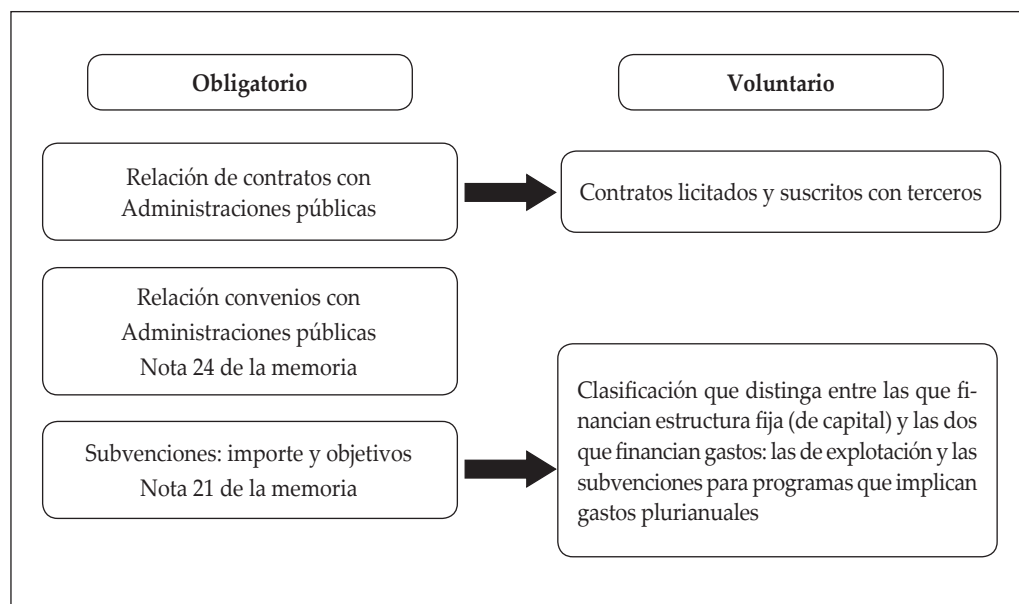
Si bien no es obligatoria su difusión, consideramos que sería conveniente que la información sobre subvenciones pudiera completarse con una clasificación de las mismas, que permita distinguir entre las que financian estructura fija (subvenciones de capital) y las dos que financian gastos: las subvenciones de explotación (ingreso del ejercicio) y las subvenciones para progra-

¹⁸ En ella, entre otros datos, debe incluirse una relación de todos los convenios suscritos por la entidad, señalando para cada uno de ellos con quién se suscribe, ingresos y gastos que supone y objetivo del mismo.

mas que implican gastos plurianuales (objeto de imputación a lo largo de varios años); de modo que sea factible para los usuarios un conocimiento más profundo del modo en que se distribuye la financiación pública vía subvenciones que percibe la entidad.

A continuación se muestra de modo gráfico el contenido obligatorio y voluntario que conforma este bloque 1 de información económica.

Bloque 1. Contratos, convenios y subvenciones



4.2. PROPUESTAS DE INFORMACIÓN ECONÓMICA, PRESUPUESTARIA Y ESTADÍSTICA VOLUNTARIA PARA ESFL

Además de la información obligatoria anterior, en este ámbito económico se han identificado otros tres apartados de cumplimentación voluntaria, pero aconsejable a mi juicio: bloque 2. Informe de auditoría y cuentas anuales; bloque 3. Información sobre retribuciones de altos cargos y máximos responsables, y bloque 4. Información previsional.

4.2.1. Informe de auditoría y cuentas anuales

En este apartado, de índole voluntario, se recomienda la publicación tanto del informe de auditoría como de las cuentas anuales elaboradas según los modelos del PCESFL (balance, cuenta de

resultados y memoria), con independencia del desarrollo que sobre alguna de ellas se haga en otros apartados de este bloque informativo. Se trata de una información cuya incorporación en una página expresa de transparencia no supone ningún esfuerzo extra para las entidades, dada la obligatoriedad de elaborar, al menos, cuentas anuales, siendo además una información pública al estar depositada en el Registro de Fundaciones. Con este contenido se cubre sobradamente con los requerimientos del artículo 8.1 e) de la Ley 19/2013, relativo a la publicación de cuentas anuales e informes de auditoría.

Según señalan los principios generales de la Ley 19/2013 (art. 5), la información debe ser «entendible por los interesados». Para conseguir tal objetivo y en relación con la información económico-financiera, además de «colgar» las cuentas anuales según los modelos que se depositan en el Registro de Fundaciones, sería conveniente, a mi juicio, elaborar unos estados contables «simpáticos» o «simplificados». A tal fin hacemos una propuesta de información a facilitar sobre el balance y la cuenta de resultados que incluya una descripción del estado contable concreto, un modelo simplificado del mismo y un análisis elemental de su contenido.

4.2.1.1. Balance

Con el fin de facilitar la comprensión de la información contable propongo que en la web de transparencia de las ESFL se incluyan los siguientes apartados:

- a) Descripción. Incluirá una definición y explicación de qué es un balance. Por ejemplo:

«El balance es un informe contable que representa todos los bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio de la entidad en una fecha determinada.

Este estado contable presenta dos partes claramente diferenciadas:

El activo (bienes y derechos) que representa la estructura económica o inversiones de la entidad;

El patrimonio neto y pasivo, que representan las fuentes de financiación. Patrimonio neto si son fondos propios (por ejemplo, aportaciones y resultados acumulados); pasivo si son fondos ajenos, es decir deudas adquiridas con terceros».

- b) *Balance simplificado*. Recogerá un modelo de balance resumido y elaborado con terminología más accesible y entendible para usuarios sin conocimientos financieros. A modo de ejemplo, sugerimos la siguiente configuración de balance¹⁹:

¹⁹ Se ha optado por un modelo a doble columna con la finalidad de dar mayor visibilidad al hecho de que en un balance el activo (inversiones) «suman» lo mismo que el patrimonio neto y pasivo (recursos financieros).

Balance					
Activo	X1	X0	Patrimonio neto y pasivo	X1	X0
A) ACTIVOS DE LARGO PLAZO			A) PATRIMONIO NETO		
Inmovilizado intangible			Fondos propios		
Inmovilizado material			Subvenciones, donaciones y legados pendientes de imputar a resultados**		
Inversiones inmobiliarias*			B) DEUDAS A LARGO PLAZO		
Inversiones financieras a largo plazo			C) DEUDAS A CORTO PLAZO		
B) ACTIVOS DE CORTO PLAZO					
Existencias					
Derechos de cobro por actividad propia ¹					
Derechos de cobro por actividad comercial ²					
Inversiones financieras a corto plazo					
Tesorería y otros activos líquidos					
Total activo			Total patrimonio neto y pasivo		
<p>(1) Equivalente en concepto y cantidad al epígrafe III. <i>Usuarios y otros deudores de la actividad propia</i> del balance modelo plan contable. Recoge los créditos con usuarios por entregas de bienes y servicios prestados por la entidad en el ejercicio de su actividad propia.</p> <p>(2) Equivalente en concepto y cantidad al epígrafe IV. <i>Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar</i> del balance modelo plan contable.</p>					

A mi juicio, sería interesante explicar qué recoge la partida «subvenciones, donaciones y legados pendientes de imputar a resultados», ya que por su denominación en el PCESFL da lugar a interpretaciones erróneas. Igual recomendación hacemos para «inversiones inmobiliarias». En tal sentido se sugieren las siguientes aclaraciones para estas partidas:

- * «Inversiones inmobiliarias»: *Recoge inmuebles que la entidad posee para obtener rentas, plusvalías o ambas.*
- ** «Subvenciones, donaciones y legados pendientes de imputar a resultados»: *Recoge la parte de aquellas subvenciones concedidas para financiar inversiones/proyectos que aún no se han imputado al resultado del ejercicio por seguir amortizándose/ejecutándose. Para conocer la cuantía de subvenciones concedidas en un ejercicio ver el apartado concreto de «Subvenciones».*

- c) *Análisis del balance.* Incluiría algún ratio que facilitara la comprensión de los datos del balance, ayudando así a tener una visión sobre la marcha financiera de la entidad. Por ejemplo, puede informarse sobre dos magnitudes que dan una visión fácilmente comprensible de la estructura financiera de la entidad, como son el ratio de solvencia y el de endeudamiento; señalando para cada una de ellas su definición y significado, así como el valor que tienen en la entidad.
- * «Ratio de solvencia (Activos de corto plazo/Deudas de corto plazo)»: *Indica cuántos euros realizables a corto plazo tiene la empresa por cada euro exigible a corto plazo. Informa, al igual que el capital circulante, de la capacidad de la entidad para hacer frente a las deudas de corto plazo. Debe ser, en términos generales, superior a 1.*
 - ** «Ratio de endeudamiento [(Deudas corto plazo + Deudas largo plazo)/(Patrimonio neto + Deudas totales)]: *Señala qué proporción de la financiación de la entidad lo es con deudas (valor del ratio) y cuál (valor complementario) lo es con fondos propios.*

4.2.1.2. Cuenta de resultados

Por analogía con el apartado de «Balance», y con el fin de dar homogeneidad a la presentación de la información, este debería organizarse de modo similar.

- a) *Descripción.* Donde se incluya una definición de cuenta de resultados.

«Estado contable que recoge todas las variaciones originadas en el patrimonio neto a lo largo del ejercicio. Refleja la capacidad de la entidad para el mantenimiento de los servicios prestados y el cumplimiento de sus fines propios.

El resultado en las ESFL es un "excedente", que no se reparte y representa el ahorro o desahorro generado por la entidad.

Su componente principal, la "Variación de patrimonio neto reconocida en el excedente del ejercicio", se calcula por diferencia entre ingresos y gastos.

Son "Ingresos", los incrementos en el patrimonio neto de la entidad, ya sea en forma de aumentos en el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en nuevas aportaciones a la dotación fundacional o fondo social.

Son "Gastos", los decrementos en el patrimonio neto de la entidad, ya sea en forma de disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento del valor de los pasivos».

- b) *Cuenta de resultados simplificada.* Recogerá un modelo de cuenta de resultados que solo incorpore ingresos y gastos imputados al excedente (los que conforman el resultado en términos coloquiales), sin incluir otras variaciones

patrimoniales²⁰. Proponemos que se presente un estado contable resumido, solo con las cuantías totales de los ingresos y gastos de los grupos 6 y 7 del PCESFL, de manera que se facilite la comprensión del modo en que la entidad ha llegado al «resultado» obtenido. Sugerimos dos configuraciones de cuenta de resultados, con distinto grado de detalle (entre paréntesis se indican los epígrafes de la cuenta de resultados elaborada según el PCESFL a incluir en la configuración que se propone).

Configuración 1:

Ingresos	X1	X0
Ingresos de la actividad propia (epígrafe 1)		
Ingresos de la actividad mercantil (epígrafe 2)		
Otros ingresos de la actividad (epígrafes 5 y 7)		
Ingresos por subvenciones (epígrafe 11)		
Ingresos financieros (epígrafes 14, 16, 17 y 18)		
Total ingresos		
Gastos		
Gastos por desarrollo de la actividad propia (epígrafe 3)		
Aprovisionamientos (epígrafes 4 y 6)		
Gastos de personal (epígrafe 8)		
Gastos de servicios exteriores y gestión (epígrafe 9)		
Amortización del inmovilizado (epígrafe 10)		
Deterioro y resultado por enajenación de inmovilizado (epígrafes 12 y 13)		
Gastos financieros (epígrafes 15, 16, 17 y 18)		
Total gastos		
EXCEDENTE* (Total ingresos – Total gastos)		
* Excedente del ejercicio procedente de operaciones continuadas.		

²⁰ Equivalente al epígrafe A.5) *Variación del patrimonio neto reconocida en el excedente del ejercicio* del modelo del PCESFL, pero organizado de manera más «fácil». El modelo completo de cuenta de resultados, con reflejo de todas las variaciones patrimoniales habidas durante el ejercicio y que explican cómo partiendo de un patrimonio neto inicial se llega al patrimonio neto de cierre del periodo, figura en el apartado de «informe de auditoría y cuentas anuales».

Configuración 2 (con mayor agregación de gastos e ingresos). El uso de esta opción requeriría, a nuestro juicio, incluir una nota a pie de página a fin de aclarar alguno de los conceptos de gastos que se agregan:

Ingresos	X1	X0
Ingresos de la actividad propia (epígrafes 1, 5 y 7)		
Ingresos de la actividad mercantil (epígrafe 2)		
Ingresos por subvenciones (epígrafe 11)		
Ingresos financieros (epígrafes 14, 16, 17 y 18)		
Total ingresos		
Gastos		
Gastos por desarrollo de la actividad propia (epígrafe 3)		
Gastos de funcionamiento ¹ (epígrafes 4, 6, 8 y 9)		
Amortización, Deterioro y resultado por enajenación de inmovilizado (epígrafes 10, 12 y 13)		
Gastos financieros (epígrafes 15, 16, 17 y 18)		
Total gastos		
EXCEDENTE* (Total ingresos – Total gastos)		
¹ Incluye los gastos de aprovisionamientos, personal, servicios exteriores y otros gastos de gestión.		

- c) *Análisis de la cuenta de resultados.* Puede incorporarse un análisis de los componentes de gastos e ingresos, de modo que se refleje el peso de cada uno de ellos sobre el total [(ingresos de actividad propia/ingresos totales), (ingresos de subvenciones/ingresos totales), (gastos de personal/gastos totales), (gastos directamente relacionados con la actividad propia/gastos totales, etc.)]. De este modo tan simple cualquier usuario puede saber, por ejemplo, cuál es la mayor fuente de ingresos (actividad o subvenciones) o cuál es el gasto mayoritario de la entidad.

4.2.2. Información sobre retribución de altos cargos

En este apartado, de carácter voluntario, se podría informar sobre las retribuciones percibidas por los miembros del patronato, en caso de que hayan existido, siendo información que ya debe figurar en la memoria. Así, el PCESFL señala que en la Nota 24. *Actividad de la entidad. Aplicación de elementos patrimoniales a fines propios. Gastos de administración* del modelo normal

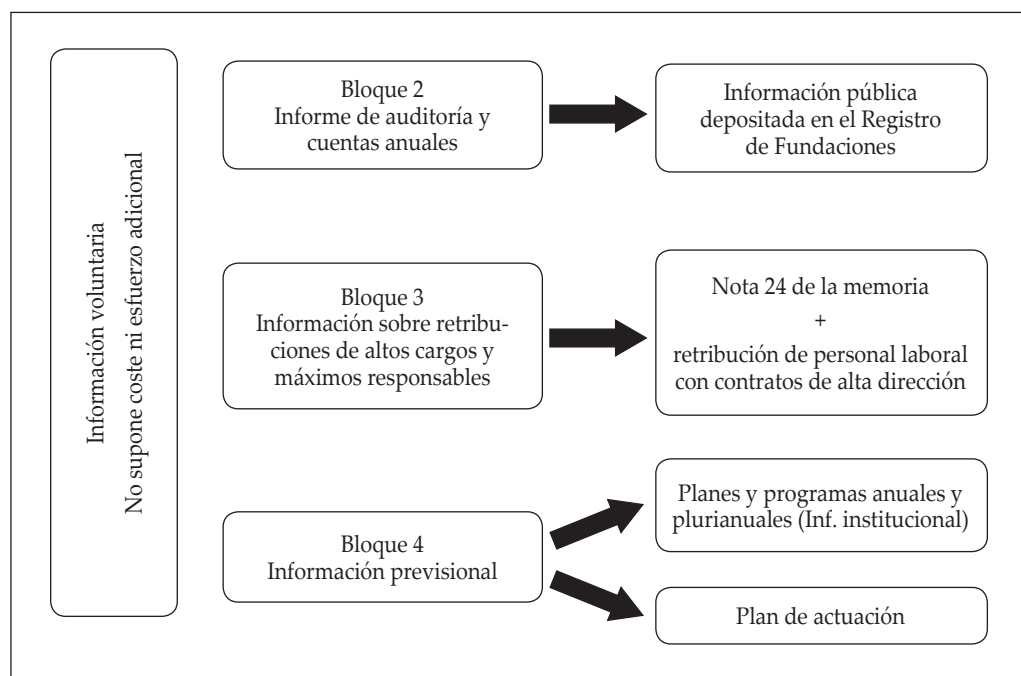
de la memoria, apartado 24.3. *Gastos de administración*, se informará, entre otras cuestiones, de los gastos de los que los patronos tienen derecho a ser resarcidos por el desarrollo de su función.

Igualmente, si existe personal laboral con contratos de alta dirección (regulados por el *Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*), se podría informar, si así lo estima la entidad, de los mismos.

4.2.3. Información previsional

En este apartado la entidad mostraría las previsiones de actividad que tiene de cara al futuro, incluyendo datos económicos sobre ellas; es decir, los recursos necesarios para llevarlas a cabo así como los que espera obtener con su realización. Todo ello puede hacerlo redireccionando desde la página de transparencia al bloque de *Información institucional*, que contiene los «planes y programas anuales y plurianuales», o, dado que la información ya está elaborada, repetirlos en este bloque junto con el *Plan de actuación* y sus desviaciones contenidas en la Nota 24 de la memoria.

A continuación se muestra de modo gráfico el contenido informativo que se propone para los bloques 2, 3 y 4 de información económica.



Por último, se presenta un cuadro-resumen con las exigencias de información que, a mi juicio, supone el cumplimiento de la Ley 19/2013 a las ESFL.

Cuadro-resumen sobre información a facilitar por las ESFL en cumplimiento de la Ley 19/2013

		Exigencia de información
Artículo 6 Ley 19/2013 Información institucional	Datos generales y normativa interna	Obligatoria
	Organigrama	
	Fines y actividades propias (funciones)	
	Planes y programas plurianuales (Plan de actuación + indicadores)	Voluntaria/Recomendada
Artículo 7 Ley 19/2013 Información de relevancia jurídica	No aplicable a las ESFL	
Artículo 8 Ley 19/2013 Información económica, presupuestaria y estadística	Apartados artículo 8.1	
	a) Contratos	Obligatoria
	b) Convenios	
	c) Subvenciones	
	d) Presupuestos (Información previsual)	No aplicable/Adaptable
	e) Cuentas anuales e informes de auditoría	Voluntaria/Recomendada
	f) Retribuciones de altos cargos y máximos responsables	
	g) Resoluciones de autorización/compatibilidad de empleados públicos	No aplicable a las ESFL
	h) Declaraciones anuales de bienes y actividades de representantes locales	
i) Información estadística sobre grado de cumplimiento de los servicios públicos		

5. CONCLUSIONES

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, es una oportunidad para las ESFL a la hora de transmitir una imagen de confianza hacia la sociedad, lo que ha de permitir su potenciación.

La propuesta de aplicación de la Ley 19/2013 que presento supone a las ESFL facilitar, además de la información que obligatoriamente les demanda esta norma (y que ha quedado delimitada a lo largo del trabajo), otra de índole voluntaria que, a nuestro juicio, servirá para mostrar a la opinión pública no solo la labor que se hace, sino cómo se hace y con qué medios, rindiendo cuenta del cumplimiento de objetivos cualitativos y cuantitativos, acercándose así a una información sobre la eficacia y eficiencia de la entidad, de modo que se amplía el concepto de transparencia más allá de los requerimientos normativos.

La aplicación de la Ley 19/2013, como he expuesto, plantea ciertas dudas sobre su alcance, por lo que considero preciso que el futuro desarrollo reglamentario aclare algunas de ellas. Por ejemplo, cómo debe computarse la variable temporal que establece el artículo 3 de la norma y que sirve para delimitar qué entidades privadas están sujetas a la misma (ESFL entre otras). Así, el citado artículo indica: «las disposiciones serán aplicables a las entidades privadas que perciban durante el periodo de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros...». El «periodo de un año» se puede entender como año natural o ejercicio económico, no necesariamente coincidente; además, la obligación de publicidad activa no se aclara si debe entenderse solo para el año que se percibe la subvención o para todos en los que se aplique la misma a su finalidad; asimismo, tampoco está especificada la extinción de la obligación de publicidad, ¿si la entidad deja de percibir subvenciones, deja de existir sujeción a la ley?

También los límites al derecho de acceso a la información que establece el artículo 14 de la ley deben ser objeto de desarrollo posterior. La aplicación de estos debe ser justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección, de modo que pueda conjugarse con la información debida y que no se conviertan en una disculpa para evitar transparencia en las organizaciones.

Aun con dudas sobre su aplicación, la Ley 19/2013 se muestra como una oportunidad para las ESFL a la hora de transmitir una imagen de confianza hacia la sociedad, lo que ha de permitir su potenciación.

Esta mejora en la información está ligada a indicadores contables, pero también de gestión, que adecuadamente trasladados a la sociedad deben servir para respaldar los beneficios o incentivos de los que disfrutaban las ESFL, por ejemplo, en el ámbito tributario.

Por último, señalar que estoy convencida de la necesidad de una Ley de transparencia propia, que se adapte a las particularidades del sector, puesto que redundará en una mejor imagen del mismo.

En ausencia de ley propia, alguna legislación sectorial, como la Ley 6/2016, de 12 de mayo, *del Tercer Sector Social de Euskadi*, establece como una de las obligaciones de las organizaciones que colaboren con las Administraciones públicas vascas en la provisión de servicios de responsabilidad pública, la de suministrar información en los términos previstos la Ley 19/2013²¹.

²¹ La normativa vasca establece que las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad a la que se encuentren vinculadas,

Considero que este puede ser un ejemplo a seguir por otras normativas a desarrollar en un futuro por otras comunidades autónomas, constituyendo un primer paso en la consecución del objetivo de asegurar una gestión «ética y transparente» de las organizaciones que conforman el conjunto de las ESFL, favoreciendo de este modo el desarrollo del propio sector.

Referencias normativas

Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas [2013]: «Indicadores para Entidades Sin Fines Lucrativos», *Serie Entidades Sin Fines Lucrativos*, Documento n.º 3, AECA, Madrid.

Ley de 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE n.º 295, de 10 de diciembre).

Ley 6/2016, de 12 de mayo, del Tercer Sector Social de Euskadi (BOE n.º 151, de 23 de junio).

Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (BOE n.º 192, de 2 de agosto).

Real Decreto 2093/2008, de 19 de diciembre, por el que se regulan los Centros Tecnológicos y los Centros de Apoyo a la Innovación Tecnológica de ámbito estatal y se crea el Registro de tales Centros (BOE n.º 20, de 23 de enero de 2009).

Real Decreto 652/2011, de 9 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 2093/2008, de 19 de diciembre, por el que se regulan los Centros Tecnológicos y los Centros de Apoyo a la Innovación Tecnológica de ámbito estatal y se crea el Registro de tales Centros (BOE n.º 132, de 3 de junio).

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE n.º 276, de 16 de noviembre).

Resolución de 26 de marzo de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se aprueba el Plan de Contabilidad de las entidades sin fines lucrativos (BOE n.º 86, de 10 de abril).

previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellos de las obligaciones previstas en la Ley 19/2013. Esta obligación la extiende también a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato.

OPORTUNIDADES PARA REGULAR CORRECTAMENTE EL INFORME DE GESTIÓN

Miguel Ángel Villacorta Hernández

Profesor de la Universidad Complutense de Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Germán DE LA FUENTE ESCAMILLA, don Eric DAMOTTE, doña Clara I. MUÑOZ COLOMINA, don Alfonso OSORIO ITURMENDI y don Alberto PLACENCIA PORRERO.

EXTRACTO

El informe de gestión debería ser un documento fundamental para entender la gestión de la entidad en el ejercicio y para interpretar las cuentas anuales en su contexto. Sin embargo, en la actualidad, muchas empresas incumplen con el espíritu del informe de gestión, evitando incluir las menciones obligatorias e introduciendo de forma muy explícita elementos no solicitados cercanos a la propaganda.

La redacción legal sobre los contenidos no ayuda a alcanzar los objetivos. El texto legislativo se refleja de una forma caótica y sin ningún tipo de ordenación, disponiendo exclusivamente la información a incluir por la sociedad, sin incorporar ningún tipo de directrices para establecer un contenido homogéneo en el conjunto de informes de las diferentes compañías.

El trabajo ofrece unas conclusiones sobre el contenido que debería poseer el informe de gestión para mejorar su relevancia, y que el único camino para aumentar la fiabilidad es que sus contenidos sean auditados.

Palabras clave: informe de gestión, información voluntaria y auditoría.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016

OPPORTUNITIES TO PROPERLY REGULATE THE MANAGEMENT REPORT

Miguel Ángel Villacorta Hernández

ABSTRACT

Management report should be a fundamental document to understand the management of the entity and to interpret the annual report in its context. However, at present, many companies aren't complying with the spirit of management report, avoiding the inclusion of mandatory mentions and very explicitly introducing unsolicited elements close to advertising.

Legal wording on the contents doesn't help to reach the objectives. The legislative text is reflected in a chaotic and unaddressed form, providing only the information to be included by company, without incorporating any kind of guidelines to establish a homogeneous content in the set of reports of different companies.

Paper offers some conclusions about the content that management report should have in order to improve its relevance, and that the only way to increase reliability is to have its contents audited.

Keywords: management report, voluntary information and audit.

Sumario

Introducción

1. Finalidad del informe
2. Contenidos a incluir en el informe
 - 2.1. Supuestos en los que resulta obligatorio
 - 2.2. Contenidos mínimos obligatorios
 - 2.3. Calidad de la información ofrecida
 - 2.4. Los intentos de estandarización del contenido
 - 2.5. La propuesta normalizadora de la CNMV
 - 2.5.1. Objetivos del informe
 - 2.5.2. Principios generales para la elaboración
 - 2.5.3. Contenido exigible al informe
 - 2.5.4. Tratamiento de las duplicidades en la información
 - 2.5.5. Evolución de los negocios
 - 2.5.6. Riesgos operativos y financieros
 - 2.5.7. Liquidez y recursos de capital
3. Relación entre el informe de gestión y la información voluntaria
4. Actuación del auditor
5. Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El informe de gestión tiene una importancia secundaria para los usuarios del informe anual. Esto es provocado en parte por cuatro deficiencias:

1. La finalidad del informe de gestión no está bien definida.
2. La información a incluir en el informe de gestión está mal concretada legislativamente, de forma que las empresas no saben bien qué contenidos incorporar en el informe; en concreto, tienen dudas respecto al solapamiento con informaciones que hay que recoger en otros documentos de los informes anuales.
3. Los legisladores no han definido el modo y el lugar donde incluir la información no financiera, por lo que los emisores de los informes anuales los han incorporado voluntariamente donde han considerado conveniente.
4. Los contenidos del informe de gestión no son revisados por el auditor.

Este trabajo intenta observar el mejor modo de resolver las cuatro deficiencias, apoyándose en las últimas legislaciones emitidas: la Guía de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 2013, la Directiva de 2013 y la Directiva de 2014. Tras analizar los tres documentos, la conclusión del trabajo será ofrecer una opinión de lo que debería ser el informe de gestión en el futuro.

1. FINALIDAD DEL INFORME

El informe de gestión es un documento autónomo –y con personalidad propia– que acompaña a las cuentas anuales dentro del informe anual.

El informe de gestión debería ser un documento fundamental para entender la gestión de la entidad en el ejercicio y para interpretar las cuentas anuales en su contexto.

El artículo 253.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (LSC), establece que los administradores están obligados a formular el informe de gestión, junto con las cuentas anuales en el plazo de tres meses a partir del cierre del ejercicio. El informe de gestión deberá ser firmado por todos los administradores y si faltare la firma de alguno de ellos se señalará en cada uno de los documentos

en que falte, con expresa indicación de la causa (art. 253.1 LSC). Por tanto, la legislación obliga a los administradores a asegurarse del contenido del informe, y de ninguna manera podemos considerar al informe como secundario o carente de importancia.

A pesar de resaltar correctamente su importancia, el texto mercantil no establece adecuadamente la finalidad del informe de gestión, porque cuando cita que «habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad» (art. 262.1 LSC), no debe interpretarse como que está definiendo la finalidad general del informe, sino que está simplemente enumerando uno de tantos contenidos que el informe debe incluir obligatoriamente.

La única definición normativa de su finalidad es realizada por la CNMV (2013: 21) cuando establece que el informe de gestión es un documento cuya función es suministrar determinada información que sitúe en su contexto el contenido de los estados financieros, para conseguir una adecuada interpretación por parte de los usuarios, e incluir información adicional no desglosada en dichos estados. Esta información ha de ser fiel reflejo del punto de vista de los administradores respecto de la entidad.

La finalidad del informe debería estar expresamente regulada en la legislación mercantil española. En nuestra opinión este informe debería estar diseñado para que permitiese a los administradores, y quienes tengan responsabilidades de gestión, explicar y justificar la labor efectuada a lo largo de un ejercicio, para observar la evolución previsible de la sociedad.

Los estados financieros recogen hechos pasados. En el contexto económico actual, es difícil pensar que las cuentas anuales puedan contener por ellas solas «la totalidad de la información que los usuarios necesitan para fundamentar sus decisiones» (CNMV, 2013: 5), razón por la cual resulta necesario complementarlos en dos sentidos diferentes: 1) ofreciendo las explicaciones sobre las decisiones tomadas, en función de la estrategia seguida en las áreas operativas, de inversión y de financiación, y 2) aportando información sobre la evolución y rendimiento previsibles del negocio, poniéndolos en relación con los objetivos y estrategias establecidos.

Así, el informe de gestión debe informar de dos dimensiones:

1. Decisiones tomadas. Explicar las consecuencias de las decisiones tomadas en el ejercicio, situándolas en el contexto de los objetivos perseguidos y en el modelo de negocio desarrollado, ligando de esta manera el pasado con el presente.
2. Evolución previsible. Informar sobre cómo tiene previsto afrontar la empresa su devenir futuro, a la luz del pasado y teniendo en cuenta los objetivos societarios, así como sus fortalezas y debilidades, uniendo presente y futuro.

La deseable orientación al futuro ya fue recomendada por FRC (2014) y SEC (2015), y que el informe recoja el punto de vista del consejo de administración y la dirección de la entidad fue incluido, como hemos visto, por la CNMV (2013).

2. CONTENIDOS A INCLUIR EN EL INFORME

2.1. SUPUESTOS EN LOS QUE RESULTA OBLIGATORIO

La publicación del informe de gestión es únicamente obligatoria para las empresas de tamaño mediano o grande, pudiendo cada país excluir de su presentación a las empresas de dimensión pequeña (art. 3.2 de la vigente Directiva contable [2013/34/UE]).

Esta posibilidad ha sido adoptada por la legislación española. El informe de gestión resulta obligatorio exclusivamente, como recoge el apartado 3 del artículo 262.3 de la LSC, para las sociedades que no puedan formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados al sobrepasar los límites establecidos al efecto en el artículo 257 de la LSC. Estas empresas son actualmente las que no sobrepasen en dos años consecutivos dos de los tres siguientes límites: 4 millones de euros de total de activo, 8 millones de euros de cifra de negocios y 50 empleados.

No obstante, la confección del informe de gestión es obligatoria cuando se elaboran y publican cuentas consolidadas, sea cual sea el tamaño del grupo (arts. 22 y 29 de la Directiva contable y art. 49 del Código de Comercio español).

A pesar del supuesto legal que exige de la formulación del informe de gestión, en los últimos años ha sido frecuente (ICJCE, 2015: 17) que los registradores mercantiles, basándose en el Reglamento del Registro Mercantil, exigieran el informe de gestión cuando se pretendía el depósito de cuentas anuales abreviadas auditadas a petición de minoritarios (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado –DGRN– de 25 de mayo de 2009 [BOE de 27 de junio] y Resolución de la DGRN de 21 de noviembre de 2011 [BOE de 9 de febrero de 2012]).

No obstante, en las últimas resoluciones al respecto (Resolución de 30 de enero de 2014 [BOE de 19 de febrero]), la DGRN reconoce que la literalidad del artículo 366.1.4 a) del Reglamento del Registro Mercantil no puede ser un obstáculo que impida la aplicación del artículo 263.2 de la LSC, por aplicación del principio de jerarquía normativa, concluyendo así que no puede exigirse el informe de gestión si la entidad no supera los límites para formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados establecidos en el artículo 257 del LSC. En el mismo sentido se ha situado el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) en la consulta 7 del BOICAC 96, de diciembre de 2013 (NFC049800). Por tanto, no cabe esperar que el Registro Mercantil vuelva a exigir la formulación del informe de gestión a las sociedades que pueden presentar balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, aunque estén auditados.

Por otro lado, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, establece que el consejo rector está obligado a formular, en un plazo máximo de tres meses computados a partir de la fecha del cierre del ejercicio social –establecida estatutariamente–, las cuentas anuales, el informe de gestión y una propuesta de aplicación de los excedentes disponibles o de imputación de pérdidas (art. 61.2). En este caso el documento tiene una importancia aún mayor que en el resto de formas

jurídicas de sociedades, porque el informe de gestión de las cooperativas también recogerá las variaciones producidas en el número de socios (art. 61.3).

2.2. CONTENIDOS MÍNIMOS OBLIGATORIOS

En España el informe se introdujo en la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades. Mientras que el informe de gestión individual se reguló en las leyes de sociedades, el de los grupos de empresas se emplazó en el Código de Comercio, junto con el resto de la normativa referente a las cuentas consolidadas, que traspuso la Octava Directiva (83/349/CEE) sobre cuentas consolidadas.

El informe de gestión ha sufrido modificaciones desde su introducción en España, siendo las más importantes la exigencia de una información más completa para todas las empresas y la inclusión de un informe de gobierno corporativo para las sociedades cotizadas.

Algunas de las informaciones reservadas para el informe de gestión en su primera regulación han pasado a formar parte de las cuentas anuales (por ejemplo, los hechos posteriores al cierre), mientras que se han incorporado otros nuevos contenidos al informe de gestión, como por ejemplo los indicadores financieros y no financieros, la información social o ambiental y la referente a riesgos de carácter financiero y su gestión.

La exigencia de completar el informe de gestión ha venido de la mano de las modificaciones sufridas por la Cuarta Directiva sobre cuentas anuales y, de forma paralela, por la Séptima Directiva sobre cuentas consolidadas.

En primer lugar, analizamos la regulación comunitaria sobre el informe, para después observar la legislación española.

La estructura actual tiene su origen en la redacción primitiva de la Cuarta Directiva de 1987, donde se fijaba el objetivo fundamental («exposición fiel de la evolución de los negocios y situación de la entidad») y se exigían detalles sobre hechos posteriores al cierre, negocios con acciones propias, actividad de investigación y desarrollo (I+D) y evolución previsible.

En la modificación llevada a cabo en 2001, mediante la Directiva 2001/65/CE, en la que se introducía el valor razonable en la contabilidad europea, se añadió la obligación de enumerar la exposición a los riesgos financieros por parte de la entidad (precio, crédito, liquidez y flujos de efectivo) y los objetivos y políticas de gestión correspondientes.

En 2003 se aprobó –mediante la Directiva 2003/51/CE– una importante modificación relativa a la finalidad del informe de gestión, introduciendo la obligación de que el análisis fuese ponderado (no únicamente consecuencias sino también riesgos e incertidumbres) y exhaustivo

(no solo de las áreas donde el éxito fuera patente), y además se requirió explícitamente la incorporación de indicadores financieros y no financieros, ya que muchas sociedades hacían este análisis en otros documentos. Además, se contemplaba la información sobre el personal y medio ambiente como objeto propio del informe.

Las más importantes transposiciones de la legislación comunitaria a la española tuvieron lugar en 1995, para eximir a las empresas pequeñas de presentar el informe de gestión, y en la Ley financiera de 2003 (donde se promulgaron las modificaciones de las Directivas de 2001 y 2003) recogiendo la ampliación de contenidos del informe y, particularmente, la inclusión de una descripción de los riesgos financieros de la entidad y su política de gestión.

La última extensión ha venido de la mano de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo siendo aplicable a empresas grandes y obliga, en el caso de que sobrepase el máximo permitido legalmente, a revelar el periodo medio de pago a proveedores y las medidas que se van a tomar para reducirlo. Refleja la preocupación del legislador por conseguir que las prácticas de pago de las empresas, muchas veces con plazos excesivos, no menoscaben la buena fe en que se basa el intercambio entre pequeñas empresas proveedoras y grandes clientes.

La inclusión más significativa es la que obliga a incluir el informe de gobierno corporativo en el informe de gestión de las sociedades cotizadas.

Las empresas cuyos títulos cotizan en Bolsa deben publicar un informe de gobierno corporativo –que es parte integrante del informe de gestión– que contenga informaciones sobre la forma de organizar y llevar a cabo la gestión, además de ciertos detalles de la relación con los propietarios.

La confección y difusión del «Informe Anual de Gobierno Corporativo» (IAGC) son el resultado de las recomendaciones de los diferentes códigos de buen gobierno para hacer transparente la composición y funcionamiento del consejo de administración, así como para hacer posible la participación de los accionistas de las empresas cotizadas en la toma de decisiones dándoles la información necesaria.

El código de buen gobierno vigente es el código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (CNMV, 2015) –que sustituyó al código unificado de buen gobierno (CNMV, 2006)–. El cumplimiento de este código es voluntario. En cuanto a la información ofrecida, quienes se adhieren a ellos deben dar la información sobre el cumplimiento o explicar la falta del mismo (principio de «cumplir o explicar»).

En lo que se refiere a la información obligatoria en España, en 2002 se creó una Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia, una de cuyas recomendaciones fue la publicación del IAGC por parte de las entidades con títulos admitidos a cotización (exposición de motivos de la Ley 26/2003, de 17 de julio).

Esta primera regulación del IAGC está contenida en la Orden ECO/3722/2003, que establece la obligación de informar de la estructura de la propiedad y de la administración, describir los sistemas de control del riesgo y de funcionamiento de la junta general, así como detallar el grado de cumplimiento, o explicar la falta de cumplimiento, de las recomendaciones del código de buen gobierno. El informe se registra como hecho relevante y la CNMV tiene la obligación de comprobar su contenido.

La estructura del informe ha ido completándose periódicamente para cubrir otros aspectos relevantes de la gobernanza y del cumplimiento de los códigos de buen gobierno (CHIVITE y RODRÍGUEZ MONROY, 2008).

En el momento actual, el IAGC viene regulado en España por la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, del Ministerio de Economía y Competitividad. Los modelos donde se recoge la información han sido publicados por la Circular 5/2013, de 12 de junio.

Los ocho apartados en los que se divide la información a suministrar, y de los que consta la estructura del informe, son los siguientes:

- Estructura de la propiedad.
- Junta general.
- Estructura de la administración de la sociedad (consejo de administración y sus comisiones).
- Operaciones vinculadas y operaciones intragrupo.
- Sistemas de control y gestión del riesgo.
- Sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financiera.
- Grado de cumplimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo.
- Otras informaciones de interés.

Los modelos actuales conceden gran importancia a las comisiones constituidas dentro del consejo de administración, donde el papel de los consejeros independientes es vital, así como la información sobre la política de precios de transferencia con las empresas del grupo y la introducción de un apartado para describir el funcionamiento de los sistemas de control que se han establecido en el proceso de elaboración y emisión de la información financiera, sobre la existencia de los cuales se puede pronunciar el auditor, aunque esta declaración no implique su eficiencia para el cumplimiento de los objetivos que persiguen. Desde 2004, la CNMV publica anualmente informes –disponibles en su página web– donde hace un análisis de la información difundida en los IAGC presentados por las entidades cotizadas, analizando el grado de cumplimiento de las recomendaciones de los códigos de buen gobierno (CNMV: 2014).

Aunque el IAGC proporciona información esencial para comprender la gobernanza de la entidad, las prácticas existentes consisten simplemente en rellenar el formato requerido por la CNMV, sin incluir contenidos fuera de las menciones obligadas. En especial, son muy escasos los comentarios, explicaciones y valoraciones sobre el funcionamiento de los órganos y mecanismos sobre los que se informa.

Una vez observadas las principales novedades respecto a los contenidos, establecemos la regulación actual del informe de gestión. En la actualidad, el contenido mínimo del informe de gestión y del informe de gestión consolidado está recogido respectivamente en el artículo 262 de la LSC y en el artículo 49 del Código de Comercio.

El artículo 262 de la LSC establece que:

1. El informe de gestión habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta.

La exposición consistirá en un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de la sociedad, teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de la misma.

En la medida necesaria para la comprensión de la evolución, los resultados o la situación de la sociedad, este análisis incluirá tanto indicadores clave financieros como, cuando proceda, de carácter no financiero, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, incluida información sobre cuestiones relativas al medio ambiente y al personal. Se exceptúa de la obligación de incluir información de carácter no financiero a las sociedades que puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

Al proporcionar este análisis, el informe de gestión incluirá, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales.

Las sociedades que no puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada deberán indicar en el informe de gestión el periodo medio de pago a sus proveedores; en caso de que dicho periodo medio sea superior al máximo establecido en la normativa de morosidad, habrán de indicarse asimismo las medidas a aplicar en el siguiente ejercicio para su reducción hasta alcanzar dicho máximo.

2. Informará igualmente sobre los acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio, la evolución previsible de aquella, las actividades en materia de I+D y, en los términos establecidos en esta ley, las adquisiciones de acciones propias.
3. Las sociedades que formulen balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados no estarán obligadas a elaborar el informe de gestión. En ese caso, si la sociedad hubiera adquirido acciones propias o de su sociedad dominante, deberá incluir

en la memoria, como mínimo: 1.º Los motivos de las adquisiciones y enajenaciones realizadas durante el ejercicio. 2.º El número y valor nominal de las participaciones o acciones adquiridas y enajenadas durante el ejercicio y la fracción del capital social que representan. 3.º En caso de adquisición o enajenación a título oneroso, la contraprestación por las participaciones o acciones, y 4.º El número y valor nominal del total de las participaciones o acciones adquiridas y conservadas en cartera por la propia sociedad o por persona interpuesta y la fracción del capital social que representan.

4. Con respecto al uso de instrumentos financieros por la sociedad, y cuando resulte relevante para la valoración de sus activos, pasivos, situación financiera y resultados, el informe de gestión incluirá lo siguiente:
 - a) Objetivos y políticas de gestión del riesgo financiero de la sociedad, incluida la política aplicada para cubrir cada tipo significativo de transacción prevista para la que se utilice la contabilidad de cobertura.
 - b) La exposición de la sociedad al riesgo de precio, riesgo de crédito, riesgo de liquidez y riesgo de flujo de efectivo.
5. La información contenida en el informe de gestión, en ningún caso, justificará su ausencia en las cuentas anuales cuando esta información deba incluirse en estas de conformidad con lo previsto en los artículos anteriores y las disposiciones que los desarrollan.

Según el artículo 49 del Código de Comercio:

1. El informe de gestión consolidado deberá contener la exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación del conjunto de las sociedades incluidas en la consolidación, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta.

La exposición consistirá en un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de las empresas comprendidas en la consolidación considerada en su conjunto, teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de la empresa. En la medida necesaria para la comprensión de la evolución, los resultados o la situación de la empresa, este análisis incluirá tanto indicadores clave financieros como, cuando proceda, de carácter no financiero, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, con inclusión de información sobre cuestiones relativas al medio ambiente y al personal.

Al proporcionar este análisis, el informe consolidado de gestión proporcionará, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas consolidadas.

2. Además deberá incluir información sobre:

- a) Los acontecimientos importantes acaecidos después de la fecha de cierre del ejercicio de las sociedades incluidas en la consolidación.
 - b) La evolución previsible del conjunto formado por las citadas sociedades.
 - c) Las actividades de dicho conjunto en materia de I+D.
 - d) El número y valor nominal o, en su defecto, el valor contable del conjunto de acciones o participaciones de la sociedad dominante poseídas por ella, por sociedades del grupo o por una tercera persona que actúe en propio nombre, pero, por cuenta de las mismas.
3. Con respecto al uso de instrumentos financieros, y cuando resulte relevante para la valoración de los activos, pasivos, situación financiera y resultados, el informe de gestión incluirá lo siguiente:
- a) Objetivos y políticas de gestión del riesgo financiero de la sociedad, incluida la política aplicada para cubrir cada tipo significativo de transacción prevista para la que se utilice la contabilidad de cobertura.
 - b) La exposición de la sociedad al riesgo de precio, riesgo de crédito, riesgo de liquidez y riesgo de flujo de efectivo.
4. Cuando la sociedad obligada a formular cuentas anuales consolidadas haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, incluirá en el informe de gestión consolidado, en una sección separada, su informe de gobierno corporativo.
5. La información contenida en el informe de gestión, en ningún caso, justificará su ausencia en las cuentas anuales cuando esta información deba incluirse en estas de conformidad con lo previsto en los artículos anteriores y las disposiciones que los desarrollan.

Cuadro 1. Contenidos del informe de gestión para cada uno de los tipos de empresa o grupo

Tipo de empresa o grupo	Contenidos
Las sociedades que formulen balance y estado de cambios en el patrimonio neto normal	Evolución de los negocios y la situación de la sociedad. Incluyendo indicadores financieros, como no financieros, de la actividad empresarial concreta, del medio ambiente y del personal. Descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta. .../...

Tipo de empresa o grupo	Contenidos
<p>.../...</p> <p>Las sociedades que formulen balance y estado de cambios en el patrimonio neto normal (cont.)</p>	<p>Periodo medio de pago a sus proveedores; en caso de que dicho periodo medio sea superior al máximo establecido en la normativa de morosidad, habrán de indicarse las medidas a aplicar en el siguiente ejercicio para su reducción hasta alcanzar dicho máximo.</p> <p>Acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio.</p> <p>Evolución previsible de la sociedad.</p> <p>Actividades en materia de I+D.</p> <p>Adquisiciones de acciones propias.</p> <p>Con respecto al uso de instrumentos financieros, siempre que resulte relevante para la valoración de sus activos, pasivos, situación financiera y resultados, el informe de gestión incluirá: a) Objetivos y políticas de gestión del riesgo financiero de la sociedad, incluida la política aplicada para cubrir cada tipo significativo de transacción prevista para la que se utilice la contabilidad de cobertura, y b) La exposición de la sociedad al riesgo de precio, riesgo de crédito, riesgo de liquidez y riesgo de flujo de efectivo.</p>
<p>Sociedades que puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada</p>	<p>Evolución de los negocios y la situación de la sociedad. Incluyendo indicadores financieros (no son obligatorios los no financieros), de la actividad empresarial concreta, del medio ambiente y del personal.</p> <p>Descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta.</p> <p>Acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio.</p> <p>Evolución previsible de la sociedad.</p> <p>Actividades en materia de I+D.</p> <p>Adquisiciones de acciones propias.</p> <p>Con respecto al uso de instrumentos financieros, siempre que resulte relevante para la valoración de sus activos, pasivos, situación financiera y resultados, el informe de gestión incluirá: a) Objetivos y políticas de gestión del riesgo financiero de la sociedad, incluida la política aplicada para cubrir cada tipo</p> <p>.../...</p>

Tipo de empresa o grupo	Contenidos
<p>.../...</p> <p>Sociedades que puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada (cont.)</p>	<p>significativo de transacción prevista para la que se utilice la contabilidad de cobertura, y b) La exposición de la sociedad al riesgo de precio, riesgo de crédito, riesgo de liquidez y riesgo de flujo de efectivo.</p>
<p>Sociedades que formulen balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados</p>	<p>No están obligadas a elaborar el informe de gestión.</p> <p>En ese caso, si la sociedad hubiera adquirido acciones propias o de su sociedad dominante, deberá incluir en la memoria, como mínimo: 1.º Los motivos de las adquisiciones y enajenaciones realizadas durante el ejercicio; 2.º El número y valor nominal de las participaciones o acciones adquiridas y enajenadas durante el ejercicio y la fracción del capital social que representan; 3.º En caso de adquisición o enajenación a título oneroso, la contraprestación por las participaciones o acciones, y 4.º El número y valor nominal del total de las participaciones o acciones adquiridas y conservadas en cartera por la propia sociedad o por persona interpuesta y la fracción del capital social que representan</p>
<p>Grupos no cotizados</p>	<p>Evolución de los negocios y la situación del conjunto de las sociedades incluidas en la consolidación, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta. Incluirá tanto indicadores financieros como no financieros, respecto de la actividad empresarial del medio ambiente y del personal.</p> <p>Acontecimientos importantes acaecidos después de la fecha de cierre del ejercicio.</p> <p>Evolución previsible del conjunto de las citadas sociedades.</p> <p>Actividades de dicho conjunto en materia de I+D.</p> <p>Número y valor nominal o, en su defecto, el valor contable del conjunto de acciones o participaciones de la sociedad dominante poseídas por ella, por sociedades del grupo o por una tercera persona que actúe en nombre propio, pero por cuenta de las mismas.</p> <p>Con respecto al uso de instrumentos financieros, siempre que resulte relevante para la valoración de los activos, pasivos, situación financiera y resultados, el informe de gestión incluirá: a) Objetivos y políticas de gestión del riesgo financiero de la sociedad, incluida la política aplicada para cubrir cada tipo significativo de transacción prevista para la que se utilice la contabilidad de cobertura, y b) La exposición de la sociedad al riesgo de precio, riesgo de crédito, riesgo de liquidez y riesgo de flujo de efectivo.</p>
	<p style="text-align: right;">.../...</p>

Tipo de empresa o grupo	Contenidos
.../...	
<p>Grupos con valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea</p>	<p>Evolución de los negocios y la situación del conjunto de las sociedades incluidas en la consolidación, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta. Incluirá tanto indicadores financieros como no financieros, respecto de la actividad empresarial del medio ambiente y del personal.</p> <p>Acontecimientos importantes ocurridos después de la fecha de cierre del ejercicio.</p> <p>Evolución previsible del conjunto de las citadas sociedades.</p> <p>Actividades de dicho conjunto en materia de I+D.</p> <p>Número y valor nominal o, en su defecto, el valor contable del conjunto de acciones o participaciones de la sociedad dominante poseídas por ella, por sociedades del grupo o por una tercera persona que actúe en nombre propio, pero por cuenta de las mismas.</p> <p>Con respecto al uso de instrumentos financieros, siempre que resulte relevante para la valoración de los activos, pasivos, situación financiera y resultados, el informe de gestión incluirá: a) Objetivos y políticas de gestión del riesgo financiero de la sociedad, incluida la política aplicada para cubrir cada tipo significativo de transacción prevista para la que se utilice la contabilidad de cobertura, y b) La exposición de la sociedad al riesgo de precio, riesgo de crédito, riesgo de liquidez y riesgo de flujo de efectivo.</p> <p>Informe de gobierno corporativo (en una sección separada).</p>
Fuente: elaboración propia.	

2.3. CALIDAD DE LA INFORMACIÓN OFRECIDA

En la actualidad, muchas empresas incumplen con el espíritu y con el contenido del informe de gestión, evitando incluir las menciones obligatorias e introduciendo de forma muy explícita elementos no solicitados cercanos a la propaganda, cuando lo que la legislación pretendía era una exposición fiel de la evolución de los negocios y de la situación de la sociedad.

Además de lo anterior, la redacción legal sobre los contenidos no ayuda a alcanzar los objetivos. El texto legislativo se refleja de una forma caótica y sin ningún tipo de ordenación, disponiendo exclusivamente la información a incluir por la sociedad, sin incorporar ningún tipo de directrices para establecer un contenido homogéneo en el conjunto de informes de gestión de las diferentes compañías.

Al estar escasamente normalizado, las prácticas seguidas por las entidades han sido muy diversas, siendo su exposición escasamente informativa.

Además, la legislación es indeterminada al relacionarla con el resto de componentes del informe anual, tanto que las empresas tienen dudas a la hora de ofrecer la información, porque existen contenidos muy semejantes a incluir en los estados financieros, el informe de gestión y en otros componentes del informe anual.

La deficiente redacción se deriva de que la legislación española es consecuencia de la transposición del artículo 46 de la Cuarta Directiva, al que se le han ido incorporando posteriormente múltiples aspectos (MARTÍNEZ PONCE, 2015: 164).

A las indefiniciones legislativas se unen otras deficiencias derivadas de diferentes motivaciones de las compañías en la exposición de la información, pues la práctica empresarial no siempre ha intentado cumplir el mandato de exposición fiel de la actividad y la situación de la empresa.

La información ofrecida por las empresas en el informe de gestión es dispar e incompleta, y sus contenidos están caracterizados por la «vaguedad» (VALPUESTA, 2013: 727), debido al amplio espectro de cuestiones que recoge el artículo 262 de la LSC.

Muchos informes de gestión aportan datos intrascendentes sobre la actividad de la entidad, otros sirven para justificar los malos resultados y algunos son narraciones claramente orientadas a la propaganda a favor de los responsables de la gestión.

La inmensa mayoría de empresas españolas ha aceptado pasivamente sus obligaciones y las han cumplido de forma muy escueta, quizá, para evitar desvelar lo que suponían secretos empresariales relativos a la gestión (GONZALO-ANGULO y GARVEY, 2015: 12).

El apartado referente a los riesgos, junto con el que obliga a ofrecer la evolución previsible, son los que más reticencias despierta en las empresas, que no desean dar información que pueda ser utilizada en su contra. Quizá, por esa razón, la regulación contable ha ido más allá y exige describir los riesgos en las notas de la memoria, produciendo uno de los casos más claros de duplicidad entre diferentes componentes del informe anual.

Esta deficiencia puede tener relación con la obligación de los administradores de suscribir el contenido del informe de gestión en su totalidad, siendo su máxima aspiración evitar cualquier análisis que pudiese causar problemas a la entidad. De esta forma lo que se relata son hechos más o menos objetivos, evitando juicios de valor, previsiones y, por supuesto, la descripción de debilidades.

Para solucionar estos problemas, tanto en el plano internacional como en los principales países desarrollados se han emitido pronunciamientos para homogeneizar la información y mejorar su calidad. En España, la CNMV ha emitido en 2013 una Guía para la elaboración del informe de gestión, que trata de ayudar a las entidades cotizadas a incluir la información que los inversores podrían considerar relevante.

2.4. LOS INTENTOS DE ESTANDARIZACIÓN DEL CONTENIDO

Los principales desencadenantes de la estandarización del informe de gestión han sido (a) la diferencia entre los objetivos pretendidos por la normativa descrita requiriendo una exposición fiel de la gestión llevada a cabo y la pobre realidad observada en la práctica, y (b) la diversidad entre los informes de unas y otras empresas, puesto que la inclusión de los elementos que cada empresa o grupo consideraba necesarios para ofrecer una exposición fiel de la evolución y la situación ha sido muy dispar entre ellas.

Esta diversidad es preocupante para todas las entidades a nivel internacional, pero especialmente en las empresas cuyos títulos se intercambian en mercados organizados. Por eso las exigencias de normalización han partido de los organismos relacionados con la información difundida por las empresas cotizadas, ya sea a escala internacional (IOSCO e IASB) o nacional (por ejemplo, Alemania, Reino Unido y Estados Unidos). Existe un resumen de ellos en el apéndice D de la Guía de la CNMV (2013).

IOSCO (2003) emitió un documento con cuatro principios generales para la elaboración del informe de gestión: (1) permite a los inversores observar la empresa a través de los ojos de los que la gestionan, (2) mejora la información financiera y la sitúa en su contexto, (3) suministra información acerca de los componentes de los resultados y los flujos de efectivo e (4) incorpora información sobre el riesgo que acompaña a los mismos.

El documento del IASB (2010) titulado *Management Commentary. A framework for presentation* presenta una estructura detallada del informe de gestión que incluye apartados para la naturaleza de los negocios, los objetivos y estrategias, los recursos y riesgos, los resultados y la tendencia esperada, así como indicadores y medidas de desempeño. Las empresas que utilizan las IFRS pueden utilizarlo para sus informes de gestión y declarar que lo cumplen si lo han seguido en todos sus aspectos. No prevé ningún tipo de verificación por parte del auditor.

La regulación vigente en Estados Unidos es el Documento 9 del *Financial Reporting Manual* de la *Securities and Exchange Commission* (SEC, 2015). Los principales puntos en los que incide esta normativa, para su explicación por la entidad, son los del riesgo de liquidez, la explicación de los resultados de las operaciones, los compromisos y obligaciones fuera de balance (COLE y JONES: 2005), las estimaciones que son críticas en la contabilización (como las del deterioro del fondo de comercio y las relativas a los esquemas de pago en acciones), las transacciones con partes vinculadas y las informaciones sobre las bases de estimación del valor razonable. Además se analizan las cláusulas para evitar la responsabilidad en caso de informaciones prospectivas.

En el Reino Unido –donde el informe de gestión es conocido como *Operating and Financial Review*– tiene en la práctica de las empresas un elevado componente de información prospectiva o dirigida hacia el futuro. El pronunciamiento orientativo del *Financial Reporting Council* (FRC, 2014) hace una enunciación de principios, entre los que destaca que la información debe ser específica de la empresa, orientada al futuro y que debe tener lazos de unión con el resto de la información de la entidad.

Tres son los elementos informativos que contiene la propuesta británica para el informe de gestión: gestión estratégica, entorno de los negocios y desempeño empresarial. En esos tres apartados se incluyen todos los contenidos recogidos en España: el modelo de negocio, los indicadores financieros y no financieros, la información social o medioambiental y las tendencias de la entidad.

La regulación alemana está constituida por la *German Accounting Standards* n.º 20 (GASB, 2012). El texto contiene unos principios de elaboración como son la completitud, fiabilidad e imparcialidad, claridad y transparencia, elaboración desde la perspectiva de la gerencia, importancia relativa y proporcionalidad. Las partes que aborda en detalle son la presentación del grupo, incluyendo su actividad y el modelo de negocio, un informe de la evolución económica, los riesgos y oportunidades, la gestión de los riesgos, la información sobre adquisiciones de empresas y la declaración de gobernanza.

Por tanto, el desarrollo de la normativa de los organismos internacionales y nacionales converge hacia la idea de establecer principios básicos a los que debe atenerse la confección del informe de gestión y, adicionalmente, a sugerir los apartados más importantes del mismo, especialmente la descripción de la entidad, la evolución de los negocios en el ejercicio y la gestión que se realiza de los riesgos y de los sistemas establecidos para su control en la empresa.

En todas las propuestas queda claro, por un lado, que la entidad tiene libertad para hacer el relato, puesto que se trata de una información narrativa acompañada de elementos cuantitativos, y, por el otro, que la información contenida en el documento tiene que ser, al igual que la que recogen las cuentas anuales, relevante para el conocimiento de la entidad a la vez que fiable.

2.5. LA PROPUESTA NORMALIZADORA DE LA CNMV

La CNMV elaboró una *Guía para la elaboración del informe de gestión en las entidades cotizadas* (CNMV: 2013). A continuación se recoge un resumen del contenido recomendado, así como de otras propuestas para conseguir una información narrativa más relevante por parte de las empresas cotizadas.

El documento describe los objetivos del informe, establece unos principios a modo de reglas generales para la elaboración, divide el contenido exigible al informe de gestión en nueve grandes apartados, establece unas recomendaciones para tratar las duplicidades de información con los estados financieros, para después ocuparse de las recomendaciones más importantes, que tienen que ver con el análisis de la evolución de los negocios y la descripción de los riesgos, especialmente el de liquidez.

2.5.1. Objetivos del informe

Los cuatro objetivos del informe de gestión son suministrar una información fiel de la evolución y la situación de la entidad, poner de manifiesto tanto riesgos e incertidumbres como oportu-

tunidades, complementar la información contenida en las cuentas anuales y, en especial, que esa información sea relevante, fiable, comprensible, oportuna y útil para los usuarios.

2.5.2. Principios generales para la elaboración

El organismo establece unos principios a modo de reglas generales para la elaboración de la información. Primeramente se ofrecen consejos para que el contenido sea relevante, por ejemplo, que el análisis se haga desde el punto de vista del consejo de administración y la dirección de la entidad, que haya coherencia y continuidad con informes precedentes, que la redacción sea lo más objetiva posible y fácil de entender y que se expliciten las fuentes de los datos utilizados si son externas. También se recomienda evitar ciertas prácticas como las cláusulas estandarizadas, las informaciones irrelevantes y las duplicidades con otros documentos de presentación obligatoria. Por último, se recomienda utilizar el principio de proporcionalidad, de manera que las empresas más pequeñas o con actividades menos complejas puedan abreviar o resumir el contenido.

2.5.3. Contenido exigible al informe

La CNMV establece nueve grandes apartados que debería incluir el informe de gestión de las entidades cotizadas, resumiendo tanto los requisitos legales como el resto de la información relevante propia del informe de gestión. Establece que la información del informe de gestión debe ser sustantiva y no repetirse en ningún otro sitio, intentando que sea relevante para el usuario que quiera conocer no solo el cuánto –estados financieros– o el cómo –informe de gobierno corporativo–, sino el por qué y en qué circunstancias –informe de gestión– (GONZALO-ANGULO y GARVEY, 2015: 15).

Como ejemplo de la estructura de las recomendaciones, la Guía incluye el apartado 1 sobre la situación de la sociedad, donde se recomienda informar sobre la estructura de la organización (divisiones operativas, estructura territorial, órganos de decisión en cada nivel...) y del funcionamiento, incluyendo los objetivos, las estrategias, el modo en que la dirección concibe la actividad societaria y una descripción de los mercados en los que opera y su situación relativa en los mismos.

El documento incide en buscar un equilibrio entre la actividad y dimensión de la empresa y la información contenida en el informe de gestión. Por esta razón incluye tras la Guía general dos adaptaciones para sectores específicos. El primero sobre el sector bancario, donde la información sobre riesgos financieros y cumplimiento regulatorio debe ser mucho más detallada que en el resto de las compañías, por lo que las recomendaciones sobre el tema son mucho más extensas. El segundo es el sector de la pequeña y mediana empresa cotizada (PYMEC), entendida como aquellas que en dos ejercicios consecutivos no superen dos de los tres parámetros siguientes: 35 millones de euros de cifra de negocios, 17,5 millones de euros de total activo y 250 empleados. Para estas PYMEC se recomienda un formato más simple y estandarizado, que cubra todos los apartados pero con información más condensada. Este formato podría muy bien servir de modelo para los informes de gestión de las empresas no cotizadas, ya que cubre todos los aspectos significativos del contenido.

2.5.4. Tratamiento de las duplicidades en la información

La CNMV es consciente de las duplicidades que existen entre los documentos que forman el informe anual obligatorio de las empresas cotizadas: las notas a las cuentas anuales, el informe de gestión y, dentro de este, el informe anual de gobierno corporativo.

En concreto, detalles sobre la situación, actividad, sucesos ocurridos tras el cierre, actividades de I+D, operaciones con acciones propias y riesgos con los detalles de su gestión son extremos que pueden caer tanto en las notas como en el informe de gestión. Los dos últimos (acciones propias y riesgos) son también objeto de información en el informe de gobierno corporativo.

Además, si la empresa presenta otros documentos voluntariamente, probablemente incluirá o desarrollará muchos datos que también estén contenidos en el informe de gestión (GONZALO-ANGULO y GARVEY, 2015: 16).

Para evitar que la información se incluya en dos o tres sitios con el mismo contenido, la CNMV desarrolla muy certeramente tres principios que pueden ayudar a situar el tipo de información que en cada caso es oportuna y su grado de desarrollo adecuado. Los principios son tres:

- a) *Principio de jerarquía*: la información que debe colocarse en los documentos normalizados no puede ser sustituida por la contenida en el informe de gestión, a su vez, la de obligado tratamiento en el informe de gestión no puede ser sustituida por la que se emplace en documentos voluntarios.
- b) *Principio de separación de contenidos por niveles*: en el informe de gestión deben tratarse los objetivos y estrategias, junto con su posible evolución, dejando los datos concretos de la actividad desarrollada y sus resultados para el resto de los documentos.
- c) *Principio de referencia cruzada*: para que el usuario pueda seguir el desarrollo de cada uno de los aspectos de la gestión, se deben hacer referencias entre unos documentos y otros que permitan localizar fácilmente todos los sitios donde se aborda un tema concreto.

Para ver cómo opera este conjunto de principios, la CNMV (2013: 55) analiza la información sobre acciones propias, cuyo tratamiento es obligado –de una u otra forma– tanto en la memoria como en el informe de gestión y en el de gobierno corporativo. El informe de gobierno corporativo exige una información muy concreta sobre acciones adquiridas en el ejercicio, mandato de la junta general respecto a operaciones con acciones propias y número de ellas controladas a final del ejercicio; de esta información lo fundamental son el número de títulos sobre el que han recaído las operaciones. En la memoria deberían colocarse las contrapartidas de las transacciones, así como su efecto en la cifra de capital y en el importe del patrimonio neto. Por último, en

el texto del informe de gestión se incluiría una explicación del mandato de la junta general y los acuerdos tomados en el ejercicio, así como las finalidades u objetivos que la sociedad persigue operando con sus instrumentos de patrimonio propio, que se podría completar discutiendo cómo estas transacciones han beneficiado a los accionistas en el periodo.

La CNMV pretende que las compañías respeten el principio de jerarquía, y que los diferentes tipos de datos se coloquen en el nivel que les corresponde. Así, los datos concretos se contendrán en los documentos obligatorios estandarizados, mientras que el informe de gestión debe cumplir su misión de explicación de la estrategia de los negocios con acciones propias. Como es lógico, la relación entre todos los contenidos se debería alcanzar mediante las oportunas referencias cruzadas, que serían desde lo más concreto hasta lo más general.

2.5.5. Evolución de los negocios

En el apartado correspondiente a la evolución de los negocios se recomienda un análisis de la actividad tal como se ha plasmado en la cuenta de resultados, lo que implica abordar:

1. El comportamiento de los mercados y las decisiones tomadas para aprovechar estos movimientos, las consecuencias producidas en precios y cantidades de productos o servicios vendidos, e interpretar las diferencias con periodos anteriores.
2. En función de la política de contratación de materiales y mano de obra, el comportamiento de las principales partidas de costes, comentando los factores que determinan su importe y las variaciones con periodos anteriores, así como las tendencias y riesgos que se pueden esperar en el futuro.
3. Interpretación de los datos y evolución de los principales indicadores financieros y no financieros que representan la actividad realizada. Para ello, la CNMV incluye en un apéndice una lista de los principales indicadores utilizados por las empresas, desglosados por sectores (telecomunicaciones, inmobiliarias, eléctricas, seguros...).

En este punto es importante hacer referencia a la utilización de indicadores no estandarizados que muestran aspectos del desempeño o del rendimiento, ya sean medidas físicas (por ejemplo, el ingreso por habitación disponible en los hoteles o los minutos por llamada en las telecomunicaciones), financieras (resultado bruto o Ebitda, por ejemplo) o ratios (ventas por empleado o rentabilidad de los activos o ROA). Estos indicadores deben ser explicados cuando su cálculo admita variantes o hayan sido particularizados para la entidad, indicando su relación con otras medidas físicas, económicas o financieras intuitivas o estandarizadas.

Las explicaciones de la evolución de los negocios deben ser equilibradas, destacando tanto las oportunidades como los riesgos; además, deben poder ayudar al usuario que quiera hacer proyecciones de actividad o beneficios de cara al futuro.

2.5.6. Riesgos operativos y financieros

El tema de los riesgos es uno de los más difíciles y controvertido, porque la empresa se enfrenta a todos los problemas observados en la información empresarial que se incluye en el informe de gestión. De una parte se exige información al respecto en la memoria, en el informe de gestión y en el de gobierno corporativo. De otra es fácil descargar la responsabilidad de informar mediante referencias vagas que pueden servir para cualquier entidad.

La CNMV aborda estos problemas con dos propuestas: un listado de riesgos y una sugerencia de cómo abordarlos para su reflejo en los diferentes documentos que componen la información obligatoria de las empresas.

Respecto a la lista completa de riesgos, introduce tanto riesgos operativos como financieros, indicando tanto la naturaleza de los que se pueden presentar como el contenido deseable de la información, incluyendo ejemplos ilustrativos y propuestas orientativas de redacción en el apéndice correspondiente.

La CNMV recomienda que en el informe de gestión se describan los riesgos operativos y financieros que afecten de manera relevante a la empresa, así como la política de gestión que se sigue con los mismos, y en especial la estrategia que sirve para mitigarlos. Esto permite que en otros documentos se haga referencia a esta parte del informe de gestión y se complete con las actuaciones concretas emprendidas o llevadas a cabo en el ejercicio, ofreciendo además las cifras donde se contengan los resultados de la gestión llevada a cabo.

Así, el informe de gestión cumpliría la misión de exponer la estrategia y la política, y si fuera posible la descripción de los resultados de estas a largo plazo, mientras que en la memoria y en el informe de gobierno corporativo se ofrecerían detalles más propios de la gestión llevada a cabo en el ejercicio.

2.5.7. Liquidez y recursos de capital

Entre los riesgos financieros, uno de los que hace a la entidad más vulnerable, hasta amenazar su existencia, es el de liquidez. La CNMV establece un tratamiento pormenorizado de la información que las entidades deberían ofrecer para situar al usuario en condiciones de poder interpretar su exposición a este riesgo de insolvencia, que tiene dimensiones a corto y largo plazo.

En lo que se refiere a los recursos líquidos, la CNMV intenta que la entidad identifique las fuentes internas y externas de generación de liquidez habituales, así como otras a las que pudiere recurrir en caso de necesidad (pólizas o líneas de crédito, entidades vinculadas...), de manera que describa si esas fuentes son suficientes y están disponibles sin restricciones para llevar a cabo sin problemas sus pagos de explotación, así como los reembolsos de los fondos ajenos según el calendario de vencimientos.

En lo que se refiere a los recursos de capital, el organismo aconseja, por un lado, describir la estructura de capital de la empresa y sus cambios cuantitativos y cualitativos previstos a corto o largo plazo y, por otro, describir la naturaleza y vencimiento de los compromisos de inversión, así como las fuentes de financiación previstas para hacer frente a los pagos.

El panorama de liquidez se complementa con una descripción del tipo y momento del vencimiento de las obligaciones contractuales.

3. RELACIÓN ENTRE EL INFORME DE GESTIÓN Y LA INFORMACIÓN VOLUNTARIA

La necesidad de las sociedades de comunicar, a accionistas y terceros, determinadas partes de su política y sus logros ha determinado la aparición voluntaria de información en los que las entidades explican con más libertad aspectos de su evolución y consecuciones que consideraban especialmente relevantes, como por ejemplo las actuaciones de orden social, humanitario o ambiental.

Actualmente existe un solapamiento entre la información que ha de recoger obligatoriamente el informe de gestión, por un lado, y la información voluntaria contenida en las memorias de sostenibilidad, los informes de responsabilidad social empresarial, el informe integrado y el conjunto de información complementaria diseminada voluntariamente por el informe anual, por el otro.

La ventaja de exponer información voluntaria es que la empresa tiene mayor libertad para exponer su estrategia, su modelo de negocio y sus resultados.

Por el contrario, en muchas ocasiones la información voluntaria tiene mucho de construcciones literarias, escritas con un lenguaje propio de anuncios publicitarios, y adornada por numerosas fotografías de mucha calidad, pero poca información objetiva y útil para la toma de decisiones.

Estos datos suelen ser poco rigurosos, ya que son contenidos que no se discuten en las juntas generales de accionistas. Además, hay otro problema, la falta de verificación de los datos ofrecidos, ya que la información voluntaria no suele llevar ninguna opinión de un experto independiente que haya comprobado la realidad de los datos y demás afirmaciones contenidas en ellos.

La información voluntaria tiene una utilidad muy relativa si no viene verificada por un profesional independiente ajeno a la entidad que emita un juicio sobre su adecuación a la normativa y a las necesidades de los usuarios.

El informe de gestión es un documento con alto contenido legal, que debe ser obligatoriamente suscrito por los administradores y les hace responsables directos de su contenido. Sin embargo, en la actualidad las entidades tienen cierta tendencia a trivializar su contenido, incluyendo de la forma menos comprometida posible las menciones obligatorias, intentando asemejar la información incluida en el informe de gestión con la voluntaria.

El camino correcto para compatibilizar ambos contenidos es la estandarización clara de los contenidos del informe de gestión, de forma que se deje a la información voluntaria la posibilidad de incluir el resto de contenidos que la compañía desee para ofrecer a sus usuarios. Así, se garantizaría la mayor exigencia y control legal que tiene el informe de gestión, al pertenecer a la información obligatoria empresarial. Por supuesto, la fiabilidad se incrementaría si los contenidos del informe de gestión estuviesen auditados.

La situación actual va a mejorar con la entrada en vigor de la nueva directiva, que tiene una importancia máxima: «Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos». La directiva ha tenido que ser incorporada por cada Estado miembro de la Unión Europea no más tarde del 6 de diciembre de 2016 para que todas las organizaciones empiecen a utilizarlo desde 2017.

Esta directiva afecta a las grandes empresas que sean entidades de interés público que, en sus fechas de cierre del balance, superen el criterio de un número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio. Entre las empresas incluidas se encuentran las sociedades cotizadas, las compañías financieras y de seguros, y las entidades de inversión colectiva. Previsiblemente, deberán adaptarse a la directiva más de 6.000 empresas europeas, siendo alrededor de 800 de ellas españolas (IRIARTE, 2016: 3)

El artículo 19 bis, «Estado no financiero», del citado texto establece que las empresas obligadas a aplicar la directiva incluirán en el informe de gestión un estado no financiero que contenga información, en la medida en que resulte necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación de la empresa, y el impacto de su actividad, relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, y que incluya:

- a) Una breve descripción del modelo de negocio de la empresa.
- b) Una descripción de las políticas que aplica la empresa en relación con dichas cuestiones y que incluya los procedimientos de diligencia debida aplicados.
- c) Los resultados de esas políticas.
- d) Los principales riesgos relacionados con esas cuestiones vinculados a las actividades de la empresa, entre ellas, cuando sea pertinente y proporcionado, sus relaciones comerciales, productos o servicios que puedan tener efectos negativos en esos ámbitos, y cómo la empresa gestiona dichos riesgos.
- e) Indicadores clave de resultados no financieros, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta.

En el caso de que la empresa no aplique ninguna política en relación con una o varias de esas cuestiones, el estado no financiero ofrecerá una explicación clara y motivada al respecto.

El estado no financiero incluirá también, en su caso, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales.

Los Estados miembros podrán permitir que, en casos excepcionales, se omita la información relativa a acontecimientos inminentes o cuestiones en curso de negociación cuando, en la opinión debidamente justificada de los miembros de los órganos de administración, dirección y supervisión, que actúen dentro de los límites de las competencias que les confiera el derecho nacional y sean colectivamente responsables de dicha opinión, la divulgación de dicha información pueda perjudicar gravemente a la posición comercial de la empresa, siempre que esa omisión no impida una comprensión fiel y equilibrada de la evolución, los resultados y la situación de la empresa, y del impacto de su actividad.

Al exigir la divulgación del estado no financiero, los Estados miembros dispondrán que las empresas pueden basarse en marcos normativos nacionales, de la Unión Europea o internacionales, y en tal caso, las empresas especificarán en qué marcos se han basado.

Cuando una empresa sea una empresa filial, estará exenta de la obligación de incluir el estado no financiero si la empresa y sus filiales están incluidas en el informe de gestión consolidado o el informe separado de otra empresa.

Cuando una empresa elabore un informe separado correspondiente al mismo ejercicio basándose o no en marcos normativos nacionales, de la Unión Europea o internacionales y que incluya la información que se exige para el estado no financiero, los Estados miembros podrán eximir a dicha empresa de la obligación de elaborar el estado no financiero, a condición de que dicho informe separado:

- a) Se publique conjuntamente con el informe de gestión, de conformidad con el artículo 30.
- b) Se publique dentro de un plazo razonable, no superior a seis meses contados a partir de la fecha de cierre del balance, en el sitio de internet de la empresa, y se haga referencia a él en el informe de gestión.

El aspecto más importante es saber cómo y quién va auditar esta información. En principio no será auditada, ya que la directiva tan solo exige a los auditores comprobar simplemente si la declaración ha sido proporcionada o no. Ahora bien, esto no impide a que los países de la Unión Europea, tal y como indica la propia directiva, puedan exigir que la información que se incluye en el estado no financiero o en el informe *ad hoc*, sea verificada por un auditor.

Una vez visto lo establecido en la directiva, es necesario plantearse cómo debería ser la adaptación legislativa española. La solución adecuada es que el contenido del estado no financiero –sea en un documento independiente o en un apartado del informe de gestión– esté auditado. Respecto a las dos alternativas, la ubicación no es importante, y ambas serían positivas. No obstante, situarlo como un apartado del informe de gestión, presentaría una ventaja formal al incluir dos apartados importantes y separados: el estado no financiero y el informe de gobierno

corporativo. Por esta razón, proponemos que el legislador español no ofrezca la alternativa a las empresas españolas de realizar un documento independiente para mejorar la homogeneidad de la presentación de la información contable. De esta forma, el informe de gestión se convertiría en un documento que ofrece información financiera y no financiera.

La adaptación de la directiva ya ha tenido un primer antecedente. Un mes más tarde de la publicación de la directiva, durante la tramitación de la LSC para la mejora del gobierno corporativo aprobada el 27 de noviembre de 2014 (LMGC), se presentó una propuesta, que finalmente no fue aprobada por el grupo Convergencia y Unió (CIU) que tenía un gran interés (BOCD, enmienda n.º 55 CIU). Proponía incorporar en el informe de gestión de las empresas cuya plantilla media fuese superior a 500 trabajadores, un estado no financiero dentro del informe de gestión.

La inclusión del estado no financiero incide en un elemento fundamental para lo que debería ser el futuro del informe anual; dentro de este documento se incluiría un conjunto de elementos de entre los cuales, por su importancia, destaca la información sobre el capital intelectual de la empresa.

Las empresas tienen un factor clave de éxito en sus activos materiales, como la calidad de las existencias, de sus inmovilizados o en sus estructuras económico-financieras; igualmente la contabilidad normalizada incluye los intangibles adquiridos, que en algunos casos pueden ser también importantes para evaluar la empresa. No obstante, existe otro factor clave para las sociedades, como son los intangibles autogenerados por la sociedad, que pueden ser agrupados bajo el término «capital intelectual». Estos activos inmateriales no son incorporados a la contabilidad financiera porque no tienen una valoración fiable, a pesar de que estos intangibles son una de las principales fuentes de ventaja competitiva para las empresas y, generalmente, se traducen en incrementos en la productividad, la rentabilidad y el valor de las empresas. Derivado de que estos intangibles autogenerados proporcionan un elemento clave para valorar la empresa, y conocer las políticas de la organización y el futuro éxito o fracaso de la misma en el mercado, el Estado no financiero debería incorporar un apartado que recogiera, dividido por componentes, información sobre el capital intelectual.

Existe un consenso generalizado para identificar tres componentes del capital intelectual: organizativo, relacional y humano. En el capital organizativo se incluyen las patentes, modelos, sistemas de organización, los sistemas de tratamiento de la información, los procesos de producción, nuevas fábricas, nuevos productos, reingeniería, I+D, todas las formas de propiedad intelectual de la empresa, capital relativo a la infraestructura de la empresa, valores y filosofía de la empresa, sistemas de funcionamiento organizativo, cultura organizativa, procesos de gestión y sistemas de información. El capital relacional es el valor que tiene para la organización el conjunto de relaciones con su entorno: clientes, proveedores, asociaciones de consumidores, agentes sociales y estado, lo cual se reflejará en la imagen de la empresa. La imagen de la empresa puede igualarse a la reputación en sentido amplio; bajo esta interpretación, la reputación es uno de los intangibles más importantes de la empresa porque influye decisivamente en el éxito del negocio. El capital humano es la combinación de habilidades, aptitudes, educación, valores, relaciones interpersonales y la capacidad de los empleados individuales de la empresa para llevar a cabo su labor. Al contrario que el resto de componentes del capital intelectual, la empresa no puede ser propietaria del capital humano aunque puede disponer de él por medio de vínculos contractuales.

En la actualidad, las empresas –derivado del hecho que la normativa no les obliga– no establecen un apartado único donde encontrar esa información, lo que provoca un esfuerzo importante para los usuarios del informe anual a la hora de localizarla. Actualmente, las empresas ofrecen voluntariamente información sobre el capital intelectual en diversos apartados de la documentación que ofrecen al público en general. Entre los lugares más frecuentes para mostrar esa información se encuentra el informe de gestión, la carta del presidente y diversos apartados complementarios del informe anual elaborados a tal efecto, recibiendo las más dispares denominaciones. La información contable mejoraría si las empresas obligatoriamente incorporasen agrupada en un único apartado del estado no financiero, toda la información sobre el capital intelectual.

4. ACTUACIÓN DEL AUDITOR

El objetivo del legislador debe ser garantizar la mayor exigencia y control legal que tiene el informe de gestión, al pertenecer a la información obligatoria empresarial, para diferenciarla claramente de la información voluntaria. El camino correcto es aumentar la verificación externa e independiente de la información del informe de gestión, porque es requisito imprescindible para aumentar su credibilidad.

El artículo 268 de la LSC establece que el auditor de cuentas comprobará si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio.

Cuando, bien por exigencia legal o voluntariamente, las cuentas anuales vayan acompañadas del informe de gestión, el auditor deberá incluir un párrafo adicional en el informe de auditoría en el que indique que dicho informe de gestión no forma parte integrante de las cuentas anuales (ICAC: *Normas Técnicas sobre Informes*, Resolución de 19 de enero de 1991: 3.5.6) y donde concluya sobre la concordancia de la información contable del mencionado informe de gestión con la de las cuentas anuales auditadas (ICAC: *Normas Técnicas sobre Informes*, Resolución de 19 de enero de 1991: 3.5.8).

La responsabilidad del auditor con respecto al informe de gestión consiste únicamente en comprobar que la información contable contenida en el mismo concuerda con los datos contables de la entidad que han servido de base para preparar las cuentas anuales auditadas. El auditor no tiene obligación de realizar procedimientos de auditoría adicionales para verificar información distinta de la obtenida a partir de los registros contables auditados de la entidad (esta idea es concordante con la falta de previsión de verificación por parte de un auditor en las normas del IOSCO [2003] y el IASB [2010]). No obstante, al analizar con el citado alcance el contenido del informe de gestión, el auditor considerará si el mismo presenta contradicciones patentes con la información obtenida durante su auditoría de las cuentas anuales y si, en consecuencia, pudiera existir alguna contradicción entre la información económico-financiera del informe de gestión y la contenida en las cuentas anuales, si esta circunstancia fuera significativa (ICAC: *Normas Técnicas sobre Informes*, Resolución de 19 de enero de 1991: 3.5.7).

Si al analizar el contenido del informe de gestión con el alcance indicado, el auditor observara contradicciones o errores significativos entre la información contable del informe de gestión y las cuentas anuales, pero los administradores se negaran a incluir las modificaciones necesarias, el auditor deberá describir en el mencionado párrafo sobre el informe de gestión las contradicciones o errores significativos observados (ICAC: *Normas Técnicas sobre Informes*, Resolución de 19 de enero de 1991: 3.5.8).

La normativa vigente en España insta a un trabajo del auditor muy limitado: el auditor, en el párrafo sobre el informe de gestión de su informe, debe opinar sobre la concordancia con los estados financieros, sin embargo, no debe opinar sobre si el informe de gestión ofrece la imagen fiel. La consecuencia derivada de ello es que la confianza del usuario sobre el informe es escasa. Esta situación puede ser corregida por la Directiva europea de 2013, aún no traspuesta a nuestra legislación, pues compromete más al auditor frente al informe de gestión.

La Directiva contable 2013/34/UE (DOUE de 26 de junio de 2013), que sustituye a la Cuarta y a la Séptima Directiva, regula conjuntamente los estados financieros individuales, los consolidados, el informe de gestión y el informe de gobierno corporativo.

El artículo 19 de la directiva reafirma el contenido del informe de gestión que las sociedades han de elaborar y publicar. Entre otras cosas establece que los Estados miembros pueden eximir a las pequeñas de elaborarlo, así como a las medianas de incluir información no financiera.

En el artículo 20 se establece la inclusión obligatoria, dentro del informe de gestión, de la «Declaración de gobernanza empresarial», nombre otorgado al informe de gobierno corporativo.

El artículo 29.3 de la directiva ofrece la posibilidad a los Estados miembros de que las sociedades que deban elaborar cuentas consolidadas puedan concentrar en un único documento los informes de gestión individual y consolidado, lo que evitará no únicamente trabajo para los contables, sino tiempo de lectura a los usuarios de la información.

La directiva supuso un paso atrás en la homogeneización de la información contable en Europa, ya que renuncia, al contrario que lo hicieron sus antecesoras, a establecer principios rigurosos de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros, permitiendo que los gobiernos limiten la calidad de la información financiera.

Además, contiene otros fallos, como el establecido en el artículo 30.1, consistente en que los Estados miembros pueden eximir del depósito en registro público del informe de gestión a las empresas, siempre que se pueda obtener fácilmente una copia al coste de reproducción del mismo, lo cual constituye un serio peligro porque algunas empresas pueden poner trabas a proporcionar esta información si no existen mecanismos efectivos de sanción. Si el informe de gestión es un documento tan importante como las cuentas anuales, debe ser público y accesible en el registro donde se encuentra el resto de información contable obligatoria.

Por otro lado, la principal repercusión positiva de la directiva es que por fin establece una dimensión más amplia del trabajo del auditor. En la actualidad, cuando el auditor emite un in-

forme de auditoría sobre las cuentas anuales, tiene la obligación de pronunciarse sobre la coherencia que las cifras que aparecen en el informe de gestión guardan con los registros contables y el resto de la información que aparece en las cuentas anuales; sin embargo, esta congruencia no significa ni adecuación ni completitud del informe de gestión. Por ello, la directiva de la Unión Europea ha decidido exigir del auditor una declaración de cumplimiento normativo referida al mismo, que sustituirá al antiguo párrafo de coherencia.

Para las empresas medianas y grandes, que son las obligadas a presentar informe de gestión y a auditar, la directiva obliga al auditor a tener una mayor implicación con el contenido y relevancia del informe de gestión y la declaración de gobernanza. El auditor deberá ir más allá de comprobar la mera coherencia entre registros contables e información contenida en el informe de gestión, teniendo que dar cuenta de las incorrecciones materiales y los incumplimientos detectados (art. 34.1).

Al regular el informe de auditoría sobre los estados financieros, el artículo 35 de la directiva contable modifica el artículo 28 de la Directiva 2006/43/CE, en lo referente al contenido del informe que los auditores deben elaborar. Según ella, el párrafo sobre el informe de gestión cambia de forma sustancial, ya que va mucho más allá de la mera constatación de coherencia con los datos contables, para incluir además:

- a) Un juicio sobre si el informe de gestión cumple los requisitos jurídicos aplicables.
- b) Una explicación de las incorrecciones importantes detectadas en el informe de gestión, considerando el conocimiento que el auditor tiene sobre la empresa y su entorno.
- c) Cuando la sociedad sea cotizada y deba publicar declaración sobre gobernanza, el auditor deberá constatar que se cumplen los requisitos exigidos, se pronunciará explícitamente sobre la descripción que se haya hecho de las principales características de los sistemas internos de control de gestión y riesgos de la empresa en relación con el proceso de emisión de información financiera y, de forma independiente, sobre si en el informe de gestión se dan las informaciones relativas a las condiciones del capital y los pactos sobre títulos en las sociedades que hayan hecho ofertas públicas de adquisición de sus acciones en el ejercicio.

La inclusión de esta opinión sustituirá al tradicional párrafo sobre el informe de gestión, lo que permitirá realzar el significado y la función del informe de gestión.

Para que el proceso culmine, debe realizarse la transposición normativa en España e incluirlo tanto en la LSC como en las normas de auditoría. La implantación requerirá una norma técnica de auditoría específica donde se contemplen las labores del auditor, desde la planificación hasta la redacción del párrafo del informe y, en especial, su relación con la opinión vertida en el informe.

Los auditores necesitarán, como en otras áreas de su trabajo, comprobar contenidos concretos. Esto únicamente se podrá realizar si la regulación comunitaria, y luego nacional, avanza hacia una normalización mayor, dejando bien claros los contenidos y profundidad del informe de gestión.

Respecto al caso concreto de los acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio, el auditor debería realizar un trabajo adicional, porque debería contrastar que no han existido más acontecimientos desde el cierre, no bastando con conformarse con que los administradores hayan incluido los hechos de los que se tienen constancia.

La Directiva contable de 2013 exige una mayor implicación del auditor, pero no solo sobre el contenido del informe de gestión, sino también sobre los que son recogidos por exclusión en el resto de componentes del informe anual. Para esto último será muy útil regulaciones para diferenciar la coincidencia con otros documentos como la establecida en el ámbito cotizado español por la CNMV. En este caso, para las sociedades cotizadas el auditor debe revisar si se cumplen los principios de jerarquía, de separación de contenidos por niveles y de referencia cruzada.

A esto hay que añadir que la Directiva 2014/95/UE obliga a incorporar un Estado no financiero. Los Estados miembros velarán por que el auditor compruebe si se ha facilitado el estado no financiero o el informe separado. Los Estados miembros podrán exigir que la información contenida en el estado no financiero o en el informe separado sea verificada por un prestador independiente de servicios de verificación. La legislación española debería incorporar que fuese obligatoria la revisión por parte de los auditores.

5. CONCLUSIONES

En la actualidad el informe de gestión tiene un carácter subordinado y secundario. Es fácil atisbar que, en un futuro cercano, el informe de gestión se convertirá en un documento mucho más importante puesto que permitirá facilitar la interpretación de los estados financieros a los destinatarios del informe anual.

Desde su aparición en la Cuarta Directiva, el informe de gestión ha venido completándose mediante reformas que han tendido a que las empresas expusiesen su estilo de enfrentarse con su contexto social, económico y legislativo para obtener resultados que beneficiasen a los propietarios. De esta manera se puede explicar la incorporación de la descripción de los riesgos o los indicadores financieros y no financieros de gestión, para dar cuenta de las actuaciones llevadas a cabo y sus resultados.

Aunque el informe de gestión ha mejorado desde su entrada en vigor en España, necesita un empuje definitivo, respecto a sus contenidos y a la revisión de estos. Este salto definitivo lo ha dado la CNMV en cuanto a la normalización de contenidos, y lo dará la transposición de las directivas a nuestra legislación mercantil respecto a la revisión de los contenidos.

La CNMV emitió en 2013 un documento que perseguía una normalización del informe de gestión, habida cuenta de las dispares prácticas de las empresas. En especial es relevante el esfuerzo que contiene por sistematizar en nueve apartados el informe de gestión, introduciendo sugerencias para informar acerca de cómo exponer y discutir la evolución de los negocios (incluyendo indicadores por sectores), orientaciones sobre los riesgos financieros y no financieros y dedicando especial atención a ciertos sectores donde la información debe ser más abundante

(banca) u otros donde puede simplificarse (PYMESC). Por otra parte, la CNMV establece una propuesta para resolver el problema de las duplicidades que la legislación y la normativa de desarrollo han introducido en los documentos obligatorios (informe de gestión, informe de gobierno corporativo y notas a los estados financieros).

Es particularmente relevante la posición adoptada por la Directiva contable 2013/34/UE, que exige del auditor un pronunciamiento, más allá del párrafo de coherencia habitual, sobre si el contenido del informe de gestión cumple la normativa y, cumpliéndola, presenta fielmente la evolución y situación de la entidad en el ejercicio.

A continuación realizamos unas propuestas para mejorar el informe en un futuro, basadas en lo que debería ser la adaptación a nuestra legislación de las Directivas contables 2013/34/UE y 2014/95/UE.

1. Finalidad

Para que pueda ser correctamente interpretada y comprendida la información recogida en las cuentas anuales del ejercicio finalizado, es necesaria una explicación, por un lado, en la memoria (complemento de los datos económicos pasados) y, por otra, en el informe de gestión (respecto a la evaluación previsible futura). Ambas son compatibles porque ofrecen información distinta.

Así, el informe anual debe incluir las cuentas anuales y el informe de gestión con carácter de igualdad con la misma importancia porque ofrecen una dimensión distinta, pero imprescindibles ambas para poder comprender completamente el negocio, tanto en su vertiente pasada como futura.

La finalidad del informe de gestión debería estar expresamente regulada en la legislación mercantil española. Este informe debería estar diseñado para que permitiese a los administradores de la empresa, y quienes tengan responsabilidades de gestión en la entidad, explicar y justificar la labor efectuada a lo largo de un ejercicio, para observar la evolución previsible de la sociedad.

En el contexto económico actual, es difícil pensar que los hechos pasados incluidos en los estados financieros puedan contener la totalidad de la información que los usuarios necesitan para fundamentar sus decisiones, razón por la cual resulta necesario complementarlos en dos sentidos diferentes: (1) ofreciendo las explicaciones sobre las decisiones tomadas, en función de la estrategia seguida en las áreas operativas, de inversión y de financiación, y (2) aportando información sobre la evolución y rendimiento previsible del negocio, poniéndolos en relación con los objetivos y estrategias establecidos.

Así, el informe de gestión debe informar de dos dimensiones:

1. Decisiones tomadas: explicar las consecuencias de las decisiones tomadas en el ejercicio, situándolas en el contexto de los objetivos perseguidos y en el modelo de negocio desarrollado, ligando de esta manera el pasado con el presente.

2. Evolución previsible: informar sobre cómo tiene previsto afrontar la empresa su devenir futuro, a la luz del pasado y teniendo presentes los objetivos societarios, así como sus fortalezas y debilidades, uniendo presente y futuro.

2. *Importancia*

En la actualidad el informe de gestión tiene un carácter subordinado, puesto que la legislación reserva exclusivamente el principio de imagen fiel a las cuentas anuales. Sin embargo, el informe de gestión debe ofrecer unos contenidos distintos, complementarios a las cuentas anuales, y de ninguna manera puede privarse de las mayores garantías a esa información. Por lo tanto, debería estar garantizado por un auditor que se cumple también la imagen fiel en el informe de gestión (anteriormente otros autores fueron partidarios de que el informe de gestión también fuera confectionado en virtud de la imagen fiel [LARA, 1999: 57-60] [VALPUESTA, 2013: 727]).

Si esto no se consigue, y se perpetuara la diferente naturaleza jurídica respecto a las cuentas anuales, el informe de gestión nunca tendría la importancia que necesita el usuario del informe anual.

3. *Obligación de emitir*

Tiene sentido que el informe de gestión no tenga tantos contenidos en una empresa pequeña como en una grande, por lo que el documento de una empresa grande debe ser más extenso. Sin embargo, no tiene sentido privar a los accionistas y terceros de una sociedad de tener la opinión del administrador junto a los estados financieros, por lo que es injustificada la posibilidad legislativa de emitir unas cuentas anuales y no un informe de gestión.

4. *Matización de los contenidos ya existentes*

El informe de gestión debe centrarse en la explicación de la política seguida por la sociedad, dejando a las cuentas anuales los datos totales y los movimientos habidos. Este debe ser el modo de actuar respecto a la autocartera, I+D+i, y demás contenidos a incluir en el informe de gestión.

5. *Aumento de contenidos*

El estado no financiero debería incluir un número amplio de contenidos: información sobre cuestiones de respeto de los derechos humanos, diversidad, igualdad de oportunidades, no discriminación, lucha contra la corrupción, contra el soborno, medidas tomadas por la empresa contra la obsolescencia programada, información sobre la ubicación de las plantas industriales y lugares de almacenamiento y comerciales.

Aunque finalmente no fue aprobada, dos de las propuestas surgidas en la tramitación de la LSC para la mejora del gobierno corporativo aprobada el 27 de noviembre de 2014 (LMGC) in-

cluyeron uno de estos contenidos. La propuesta fue defendida por el grupo Unión, Progreso y Democracia (UPD) y el grupo Izquierda Plural (IP), para incluir las políticas llevadas a cabo por la empresa respecto al «cumplimiento de las normas en materia de igualdad y no discriminación» (BOCD, enmienda n.º 10) (BOCD, enmienda n.º 38) en el tercer párrafo del apartado primero del artículo 262 de la LSC.

6. Exclusión de los contenidos

Salvo que una compañía tenga un componente de contaminante fundamental (químicas o de energía), el informe de gestión no debería recoger información sobre su actuación contaminante. Si la generalidad de las empresas quieren incluirlo, debería ser recogida en la información voluntaria.

7. Relación con el resto de componentes del informe anual

El informe anual estará formado por las cuentas anuales, el informe de gestión (que incluye un informe de gobierno corporativo y un estado no financiero) y el informe de auditoría que opina sobre los contenidos recogidos en ambos. Tanto las cuentas anuales como el informe de gestión requieren expresar su imagen fiel y ser auditado (no solo su concordancia sino también el contenido de ambos y el formato de presentación); las únicas excepciones son las alternativas de presentación y para ser auditado por razones de tamaño y de cotización. Por el contrario, el conjunto de información ofrecida voluntariamente por las empresas, no requiere expresar su imagen fiel ni ser auditado; esta es una información mucho menos importante para la toma de decisiones de los usuarios, no tiene un formato determinado y puede acercarse a un material propagandístico de la empresa.

El informe de gestión debe tener unos contenidos determinados, especificados legalmente, con un formato libre con dos excepciones a la inclusión de dos documentos separados, pero incluidos en él: informe de gobierno corporativo y estado no financiero.

La otra alternativa recogida en la directiva –un documento independiente para reflejar la información no monetaria– es igual de válida, siempre que la ley recoja expresamente que debe ofrecer la imagen fiel y ser auditada (siempre con las excepciones de tamaño y cotización que se planteen en cada momento).

El informe anual, por tanto, recoge la exposición cuantitativa de las cifras de la compañía (cuentas anuales), el modo en que se ha gestionado (informe de gobierno corporativo), los aspectos no financieros relevantes para conocer la dimensión de la empresa y los intangibles en los que basa su actuación (estado no financiero) y la contextualización de en qué circunstancias se ha realizado la exposición (informe de gestión).

De esta forma, el estado no financiero incluiría información no monetaria y, dentro de ella, la información sobre el capital intelectual.

Bibliografía

- CHIVITE, S. y RODRÍGUEZ MONROY, C. [2008]: «Análisis de los diez años de gobierno corporativo en España y cumplimiento del Código Unificado o Código Conthe», *Dirección y Organización. Revista de Dirección, Organización y Administración de Empresas*, Extra 37, págs. 14-21.
- COLE, C. J. y JONES, C. L. [2005]: «Management Discussion and Analysis: A Review and Implications for Future Research», *Journal of Accounting Literature*, vol. 24, págs. 135-174.
- COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, CNMV [2006]: *Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. Versión refundida de junio de 2013. Disponible en internet en [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CUBGrefundido_JUNIO2013.pdf].
- [2013]: *Guía para la elaboración del informe de gestión en las entidades cotizadas*, elaborada por el Grupo de Trabajo presidido por J. A GONZALO-ANGULO. Disponible en internet en [http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Grupo/Guia_Gral.pdf].
 - [2014]: *Informe de gobierno corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios*.
 - [2015]: *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, CNMV, Madrid.
- FINANCIAL REPORTING COUNCIL, FRC [2014]: *Guidance on the strategic report*, junio. Disponible en [<https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Accounting-and-Reporting-Policy/Guidance-on-the-Strategic-Report>].
- GERMAN ACCOUNTING STANDARDS BOARD, GASB [2012]: *Group Management Report. German Accounting Standard 20*. Puede obtenerse un resumen en internet en [http://www.drsc.de/service/drs/standards/index_en.php?ixstds_do=show_details&entry_id=38].
- GONZALO-ANGULO, J. A. y GARVEY, A. [2015]: «El informe de gestión: validez y perspectivas (Referencia a los últimos desarrollos: CNMV, Unión Europea e informe integrado)», *Revista de Contabilidad y Dirección ACCID*, julio, 1-27.
- INSTITUTO DE CENSORES JURADOS DE CUENTAS DE ESPAÑA, ICJCE [2015]: «Cuaderno Técnico 22. Guía rápida de aspectos relacionados con la auditoría de cuentas y otros aspectos», *Suplemento de la revista Auditores*, n.º 22, julio, ICJCE, Madrid.
- INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD, IASB [2010]: *Management Commentary. A framework for presentation. IFRS Practice Statement*, diciembre. Disponible en internet en [[http://www.ifrs.org/Current-Projects/IASB-Projects/Management Commentary/IFRS-Practice Statement/Documents/Managementcommentarypracticestatement8December.pdf](http://www.ifrs.org/Current-Projects/IASB-Projects/Management%20Commentary/IFRS-Practice%20Statement/Documents/Managementcommentarypracticestatement8December.pdf)].
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS, IOSCO [2003]: *General Principles Regarding Disclosure o Management's Discussion and Analysis of Financial Condition and Results of Operations*, febrero. Disponible en internet en [<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD141.pdf>].
- IRIARTE IBARGÜEN, A. [2016]: «A partir de 2017 más de 700 empresas españolas tendrán que asumir el reporting no financiero», *Revista Contable*, marzo, 3.
- LARA GONZÁLEZ, R. [1999]: *El informe de gestión de los administradores*, Aranzadi, Pamplona.
- MARTÍNEZ PONCE, R. [2015]: «Otras materias reformadas. Informe de gestión y periodos de pago a proveedores», en JORDÁ, R. y NAVARRO, L., *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas*, Dykinson.
- SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, SEC [2015]: *Financial Reporting Manual* (updated 01/01/2015). Disponible en internet en [<http://www.sec.gov/divisions/corpfin/cffinancialreportingmanual.shtml>].
- VALPUESTA GASTAMINAZA, E. [2013]: *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Bosh, Barcelona.

**SEGUNDO EJERCICIO RESUELTO DEL PROCESO
SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE GESTIÓN
DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA,
SUBGRUPO A2, ESCALA TÉCNICA DE FINANZAS**

Ulpiano L. Villanueva Rodríguez

Auditor del Consello de Contas de Galicia

(Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Gestión de Administración de la Xunta de Galicia, subgrupo A2, escala técnica de finanzas, convocado por Orden de 18 de mayo de 2015 de la Consejería de Hacienda [Diario Oficial de Galicia núm. 95, de 22 de mayo])

Sumario

- Caso 1. Contabilidad financiera.** Obligaciones convertibles. Contabilización desde el punto de vista del emisor y del suscriptor.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Fianzas.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Inmovilizado material. Capitalización de gastos financieros. Provisión por desmantelamiento, retiro y rehabilitación.
- Caso 4. Contabilidad financiera.** Activos financieros disponibles para la venta. Derechos de suscripción.
- Caso 5. Contabilidad financiera.** Pasivos financieros. Renegociación.
- Caso 6. Contabilidad de sociedades.** Distribución del resultado. Ampliación de capital. Socios morosos. Acciones propias. Reducción de capital.
- Caso 7. Contabilidad de sociedades.** Combinaciones de negocios.
- Caso 8. Operaciones financieras.** Préstamo francés.
- Caso 9. Operaciones financieras.** Rentas.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

Contabilidad financiera

APARTADO A

El 1 de enero de 20X0 la sociedad Alfa emite 200.000 obligaciones convertibles por su valor nominal de 60 euros y vencimiento a 8 años. En ese momento los obligacionistas podrán optar bien por su reembolso en efectivo bien por su conversión en acciones. La relación de canje establecida es de 4 acciones por cada obligación, el cupón anual de las obligaciones asciende a 3,60 euros pagadero a 31 de diciembre, las acciones tendrán un valor nominal de 4 euros, el valor de reembolso se fija en 60 euros y el tipo de interés a largo plazo es un 7%.

Se pide:

- a) Anotaciones contables a realizar por la sociedad Alfa en el año 20X0.
- b) Anotaciones contables a realizar por la sociedad Alfa en el momento del vencimiento si la mitad de los obligacionistas optan por la conversión y la otra mitad por el reembolso en efectivo.

APARTADO B

La sociedad Beta suscribe el 5% de las obligaciones emitidas por la sociedad Alfa calificándolas como mantenidas hasta el vencimiento.

Se pide:

- a) Anotaciones contables a realizar por la sociedad Beta en el año 20X0.
- b) Anotaciones contables a realizar por la sociedad Beta en la fecha del vencimiento si opta por la conversión de la totalidad de las obligaciones adquiridas.

Información a tener en cuenta por los opositores:

El derivado financiero presenta los siguientes valores razonables:

Fecha	Valor razonable
31-12-20X0	36.000
31-12-20X1	40.000
31-12-20X2	37.000
31-12-20X3	38.500
31-12-20X4	38.000
31-12-20X5	40.000
31-12-20X6	41.200
31-12-20X7	41.000

El opositor debe hacer abstracción de los efectos fiscales.

SOLUCIÓN

APARTADO A

a) Anotaciones contables a realizar por la sociedad Alfa en el año 20X0

1 de enero de 20X0

Por la emisión del empréstito convertible:

Al tratarse de un empréstito convertible hay que determinar la parte que se corresponde con el componente de pasivo y la que se contabiliza como patrimonio neto, tal y como se establece en el apartado 5.2 de la norma de registro y valoración (NRV) 9.^a:

«La empresa distribuirá el valor en libros inicial de acuerdo con los siguientes criterios que, salvo error, no será objeto de revisión posteriormente:

- a) Asignará al componente de pasivo el valor razonable de un pasivo similar que no lleve asociado el componente de patrimonio.
- b) Asignará al componente de patrimonio la diferencia entre el importe inicial y el valor asignado al componente de pasivo.

En la misma proporción distribuirá los costes de transacción».

El valor actual de los pagos a realizar al tipo del 7% es el siguiente:

$$720.000^1 [1 - (1 + 0,07)^{-8}]/0,07 + 12.000.000^2 (1 + 0,07)^{-8} = 11.283.444,18$$

De la diferencia con 12.000.000 de euros se obtiene el componente de patrimonio neto:

$$12.000.000 - 11.283.444,18 = 716.555,82$$

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	12.000.000	
178	Obligaciones y bonos convertibles		11.283.444,18
1110	Patrimonio neto emisión de instrumentos financieros compuestos		716.555,82

31 de diciembre de 20X0

Por el devengo y pago de intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos (11.283.444,18 × 0,07)	789.841,09	
178	Obligaciones y bonos convertibles		69.841,09
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		720.000,00

b) Anotaciones contables a realizar por la sociedad Alfa en el momento del vencimiento si la mitad de los obligacionistas optan por la conversión y la otra mitad por el reembolso en efectivo

31 de diciembre de 20X7

Por el devengo y pago de intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos (11.887.850,471 (1) × 0,07)	832.149,53	.../...

¹ Los intereses a pagar cada 31 de diciembre durante 8 años son: 200.000 obligaciones × 60 euros/obligación × 6% = 720.000 euros.

² El importe del principal al final de los 8 años es: 200.000 obligaciones × 60 euros/obligación = 12.000.000 euros.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
...	...		
500	Obligaciones y bonos convertibles a corto plazo		112.149,53
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		720.000,00
(1) $720.000 (1 + 0,07)^{-1} + 12.000.000 (1 + 0,07)^{-1}$.			

Por el reembolso de la mitad de los títulos y la reclasificación de la cuenta de neto a reservas voluntarias:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
500	Obligaciones y bonos convertibles a corto plazo	6.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		6.000.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
1110	Patrimonio neto emisión de instrumentos financieros compuestos	358.277,91	
113	Reservas voluntarias		358.277,91

Por la conversión en acciones del resto de los títulos y la reclasificación de la cuenta de neto a prima de emisión:

Se emitirán 400.000 acciones, ya que la relación de canje es de 4 acciones por cada obligación y a 15 euros cada una (con un valor nominal de 4 €).

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones emitidas	6.000.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		6.000.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
500	Obligaciones y bonos convertibles a corto plazo	6.000.000	
190	Acciones emitidas		6.000.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	6.000.000	
100	Capital social		1.600.000
110	Prima de emisión		4.400.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
1110	Patrimonio neto emisión de instrumentos financieros compuestos	358.277,91	
110	Prima de emisión		358.277,91

APARTADO B

a) Anotaciones contables a realizar por la sociedad Beta en el año 20X0

1 de enero de 20X0

Por la suscripción de los títulos:

Al tratarse de un instrumento financiero híbrido hay que separar el contrato principal (las obligaciones) del derivado implícito (la opción de canje), tal y como señala el apartado 5.1 de la NRV 9.ª:

«Contablemente la empresa reconocerá, valorará y presentará por separado el contrato principal y el derivado implícito, cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:

- a) Las características y riesgos económicos inherentes al derivado implícito no están estrechamente relacionados con los del contrato principal.
- b) Un instrumento independiente con las mismas condiciones que las del derivado implícito cumpliría la definición de instrumento derivado.
- c) El instrumento híbrido no se valora por su valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias.

El derivado implícito se tratará contablemente como un instrumento financiero derivado y el contrato principal se contabilizará según su naturaleza».

El valor actual de los cobros a realizar al tipo del 7% es el siguiente:

$$36.000^3 [1 - (1 + 0,07)^{-8}]/0,07 + 600.000^4 (1 + 0,07)^{-8} = 564.172,21$$

De la diferencia con 600.000 euros se obtiene la parte correspondiente al derivado implícito:

$$600.000 - 564.172,21 = 35.827,79 \text{ euros.}$$

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
251	Valores representativos de deuda a largo plazo	564.172,21	
255	Activos por derivados financieros a largo plazo	35.827,79	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		600.000

31 de diciembre de 20X0

Por el devengo y cobro de intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
251	Valores representativos de deuda a largo plazo	3.492,05	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	36.000,00	
761	Ingresos de valores representativos de deuda		39.492,05 (1)

(1) 564.172,21 × 0,07.

Por la valoración del derivado implícito a valor razonable:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
255	Activos por derivados financieros	172,21	
763	Beneficios por valoración de instrumentos financieros a valor razonable		172,21 (1)

(1) 36.000 - 35.827,79.

³ Los intereses a cobrar cada 31 de diciembre durante 8 años son: 10.000 obligaciones × 60 euros/obligación × 6% = 36.000 euros.

⁴ El importe del principal al final de los 8 años es: 10.000 obligaciones × 60 euros/obligación: 600.000 euros.

b) Anotaciones contables a realizar por la sociedad Beta en la fecha del vencimiento si opta por la conversión de la totalidad de las obligaciones adquiridas

31 de diciembre de 20X7

Por el devengo y cobro de intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
541	Valores representativos de deuda a corto plazo	5.607,48	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	36.000,00	
761	Ingresos de valores representativos de deuda		41.607,48 (1)

(1) $36.000 (1 + 0,07)^{-1} + 600.000 (1 + 0,07)^{-1} = 594.392,52; 594.392,52 \times 0,07 = 41.607,48$.

Por la valoración del derivado implícito a valor razonable:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
663	Pérdidas por valoración de instrumentos financieros a valor razonable	200	
559	Activos por derivados financieros		200 (1)

(1) $41.200 - 41.000$.

Por la conversión de todos los títulos:

Las acciones recibidas se reconocerán por su valor razonable (que no tiene por qué coincidir con su valor de emisión) y cuyo valor no menciona el supuesto, por lo que entendemos que coincide con el importe contabilizado de los valores representativos de deuda más el valor razonable del derivado financiero.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	641.000	
541	Valores representativos de deuda a corto plazo		600.000
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
559	Derivados financieros a corto plazo		41.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

Contabilidad financiera

El señor González le arrienda un local a la sociedad Alfa para ser utilizado como sede social el 1 de enero de 20X0 por un periodo de 10 años. El importe de la renta anual se fija en 200.000 euros a entregar al final de cada ejercicio. Asimismo, el propietario exige a la sociedad la entrega de 200.000 euros en concepto de fianza, cantidad que deberá satisfacerse a la firma del contrato. El interés de mercado en el momento de realizar la operación es el 7%.

Se pide:

- Anotaciones contables a realizar en el año 20X0 por la sociedad Alfa.
- Anotaciones contables a realizar en el año 20X9 por la sociedad Alfa si las partes acuerdan el 1 de enero de 20X9 ampliar el plazo de duración del contrato por un periodo de 5 años (hasta el 31 de diciembre de 20Y4). El interés de mercado en dicho momento es el 9%.

SOLUCIÓN⁵

a) Anotaciones contables a realizar en el año 20X0 por la sociedad Alfa

Se trata de una fianza asociada a un arrendamiento operativo a largo plazo, que se considerará como un pago anticipado por el arrendamiento, por la diferencia entre el valor razonable de la fianza y el importe desembolsado, tal y como señala el apartado 5.6 de la NRV 9.^a

$$\text{Importe desembolsado (200.000) - Valor razonable de la fianza [200.000 (1 + 0,07)}^{-10} = 101.660,95] = 98.330,15 \text{ euros.}$$

⁵ Para la solución se hace abstracción de consideraciones fiscales.

Por otro lado, la norma establece que el importe del pago anticipado se imputará al resultado del ejercicio durante la duración del arrendamiento.

1 de enero de 20X0

Por la entrega de la fianza:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
260	Fianzas a largo plazo	101.669,85	
270	Gastos anticipados a largo plazo	91.213,27	
480	Gastos anticipados	7.116,88 (1)	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		200.000
(1) 101.669,85 € × 0,07.			

31 de diciembre de 20X0

Por la actualización de la fianza:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
260	Fianzas a largo plazo	7.116,89	
762	Ingresos de créditos		7.116,89

Por la imputación a pérdidas y ganancias del anticipo y el pago del arrendamiento:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	207.116,89	
480	Gastos anticipados		7.116,89
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		200.000,00

Por la reclasificación del anticipo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
480	Gastos anticipados	7.615,07 (1)	.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
...			
270	Gastos anticipados a largo plazo		7.615,07
(1) $(101.669,85 + 7.116,89) \times 0,07$.			

b) Anotaciones contables a realizar en el año 20X9 por la sociedad Alfa si las partes acuerdan el 1 de enero de 20X9 ampliar el plazo de duración del contrato por un periodo de 5 años (hasta el 31 de diciembre de 20Y4). El interés de mercado en dicho momento es el 9 %

Importe desembolsado (200.000) – Valor razonable de la fianza $[200.000 (1 + 0,09)^{-6} = 119.253,47] = 80.746,53$ euros.

31 de diciembre de 20X9

Por el ajuste de las cuentas como consecuencia de la ampliación del plazo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
260	Fianzas a largo plazo	119.253,47	
270	Gastos anticipados a largo plazo	72.398,79	
480	Gastos anticipados		4.736,37 (1)
565	Fianzas a corto plazo		186.915,89 (2)
(1) Diferencia entre el saldo de la cuenta a 1 de enero de 20X9 $(186.915,89 \times 0,07 = 13.084,11)$ y el saldo que debe tener ahora $(119.253,47 \times 0,07 = 8.347,74)$.			
(2) Saldo de la cuenta a 1 de enero de 20X9: $200.000 (1 + 0,07)^{-1}$.			

Por la actualización de la fianza:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
260	Fianzas a largo plazo	8.347,74	
762	Ingresos de créditos		8.347,74

Por la imputación a pérdidas y ganancias del anticipo y el pago del arrendamiento:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	208.347,74	
480	Gastos anticipados		8.347,74
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		200.000,00

Por la reclasificación del anticipo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
480	Gastos anticipados	8.932,08 (1)	
270	Gastos anticipados a largo plazo		8.932,08

(1) $[200.000 \times (1 + 0,09)^{-6} + 8.347,74] \times 0,07$.

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

Contabilidad financiera

El 1 de enero de 20X0 la sociedad anónima Alfa compra un novedoso robot con el objetivo de incorporar una nueva línea de producción a su empresa por un importe de 2.000.000 de euros, abonando el 100 % del precio en el momento de la compra. Como consecuencia de la falta de liquidez, la empresa solicita un préstamo de 1.000.000 de euros a su banco de confianza para financiar dicho activo. Las condiciones del préstamo son las siguientes:

- El capital se devolverá íntegramente el 31 de diciembre de 20X1.
- El tipo de interés se fija en el 7% anual y se abonará cada 31 de diciembre.

El robot se entrega el 15 de enero de 20X0 con unos gastos de transporte a cargo de la sociedad de 50.000 euros. La sociedad confía en que el robot entre en funcionamiento a comienzos del año 20X1.

Durante el año 20X0 se realizan las actuaciones necesarias para la puesta a punto de la máquina. Así, el 30 de mayo de 20X0 se abonan 250.000 euros en concepto de gastos de instalación y montaje. Por otra parte, en el mes siguiente se imparte un curso de formación a los trabajadores de la sociedad con el objetivo de que adquieran los conocimientos necesarios para su correcta utilización. El importe abonado por el curso es de 10.000 euros.

El 31 de diciembre de 20X0 la sociedad abona otros 100.000 euros por gastos adicionales en el montaje de la máquina.

El 31 de marzo de 20X1 finalizan las actuaciones de instalación del robot por las cuales la sociedad abona 50.000 euros, entrando en funcionamiento el 1 de abril de 20X1. La sociedad estima la vida útil de la máquina en 12 años. Asimismo, se considera la existencia de unos costes de desmantelamiento en dicha fecha con un importe de 450.438,32 euros. El tipo de interés de mercado es un 7%.

Se pide:

- a) Anotaciones contables correspondientes a los años 20X0 y 20X1.
- b) Anotaciones contables correspondientes al año 20Y0 si, como consecuencia de un cambio en la estimación inicial derivado de nuevos hechos que no existían en el momento inicial, la sociedad considera que los costes de desmantelamiento ascenderán a 24.918,80 euros. El tipo de interés de mercado es del 7%.

Nota: El opositor debe hacer abstracción de los efectos fiscales.

SOLUCIÓN

a) Anotaciones contables correspondientes a los años 20X0 y 20X1

1 de enero de 20X0

Por la concesión del préstamo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	1.000.000	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		1.000.000

Por el anticipo para la adquisición del robot:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
239	Anticipos para inmovilizaciones materiales	2.000.000	
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.000.000

Se considera que se trata de un anticipo, ya que según el enunciado la puesta a disposición de la máquina se produce el 15 de enero. Por otro lado, al tratarse de un anticipo con vencimiento no superior a un año no es necesaria su actualización financiera, tal y como señala el apartado 3.1 de la norma primera de la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) de 1 de marzo de 2013, por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias.

15 de enero de 20X0

Por la adquisición del robot y los gastos de transporte:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
233	Maquinaria en montaje	2.050.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		50.000
239	Anticipos para inmovilizaciones materiales		2.000.000

30 de mayo de 20X0

Por los gastos montaje:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
233	Maquinaria en montaje	250.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		250.000

30 de junio de 20X0

Por los gastos de formación del personal:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
62	Servicios exteriores	10.000	
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		10.000

31 de diciembre de 20X0

Por los gastos montaje:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
233	Maquinaria en montaje	100.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

Por el devengo y pago de los intereses del préstamo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	70.000 (1)	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		70.000

(1) $1.000.000 \times 0,07$.

Por la activación de los intereses devengados:

Como señala el apartado 1 de la NRV 2.^a, en los inmovilizados que necesiten un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de funcionamiento, se incluirán en el precio de adquisición los gastos financieros devengados antes de su puesta en condiciones de funcionamiento.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
233	Maquinaria en montaje	70.000	
76-	Incorporación al activo de gastos financieros		70.000

Por la reclasificación de la deuda a corto plazo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	1.000.000	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		1.000.000

31 de marzo de 20X1

Por las actuaciones de instalación del robot:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
233	Maquinaria en montaje	50.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		50.000

Por el devengo de los intereses del préstamo y su activación:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	17.500 (1)	
527	Intereses corto plazo de deudas		17.500

(1) $1.000.000 \times 0,07 \times 3/12$.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
233	Maquinaria en montaje	17.500	
76	Incorporación al activo de gastos financieros		17.500

Por el registro de la provisión por desmantelamiento, retiro y rehabilitación:

Se entiende que es a esta fecha cuando se incurre en la obligación a los efectos de la incorporación de la provisión como componente del coste del activo, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2.1 de la norma primera de la Resolución del ICAC de 1 de marzo de 2013, por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias.

A la vista del enunciado no parece que la obligación nazca a medida que se desarrolla la actividad, por lo que no cabría el reconocimiento de una provisión sistemática con cargo al correspondiente gasto por naturaleza (consulta núm. 2 del BOICAC 90 [NFC044627]), en el sentido previsto en la quinta parte del Plan General de Contabilidad (PGC), al explicar los motivos de cargo y abono de la cuenta 143, que establece que «cuando se incurra en la obligación como consecuencia de haber utilizado el inmovilizado para producir existencias, su movimiento es análogo al señalado para la cuenta 142».

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
233	Maquinaria en montaje	200.000 (1)	.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
...			
143	Provisión por desmantelamiento, retiro y rehabilitación		200.000
(1) $450.438,32 \times (1 + 0,07)^{-12}$.			

Por la entrada en funcionamiento del robot:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	2.737.500	
233	Maquinaria en montaje		2.737.500

31 de diciembre de 20X1

Por el devengo y pago de los intereses del préstamo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	52.500 (1)	
527	Intereses a corto plazo de deudas	17.500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		70.000
(1) $1.000.000 \times 0,07 \times 9/12$.			

Por el pago del principal del préstamo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	1.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.000.000

Por la amortización de la máquina:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	171.093,75 (1)	
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
...			
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		171.093,75
(1) $2.737.500/12 \times 9/12$.			

Por la actualización de la provisión por desmantelamiento, retiro y rehabilitación:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros actualización de provisiones	10.410,70 (1)	
143	Provisión por desmantelamiento, retiro y rehabilitación		10.410,70
(1) $200.000 \times (1 + 0,07)^{9/12}$.			

b) Anotaciones contables correspondientes al año 20Y0 si, como consecuencia de un cambio en la estimación inicial derivado de nuevos hechos que no existían en el momento inicial, la sociedad considera que los costes de desmantelamiento ascenderán a 24.918,80 euros. El tipo de interés de mercado es del 7 %

1 de enero de 20Y0

Por el ajuste de la provisión por desmantelamiento, retiro y rehabilitación como consecuencia de nuevos hechos:

Saldos de las cuentas a dicha fecha:

- a) Maquinaria (213): 2.737.500.
- b) (Amortización acumulada inmovilizado material) (281): 1.996.093,75⁶.
- c) Provisión por desmantelamiento, retiro y rehabilitación (143): 361.524,76⁷.

La nueva estimación de la provisión (faltan 39 meses de vida útil) sería 20.000⁸ euros, por lo que habría que dar de baja la provisión en 341.524,76 euros.

⁶ $2.737.500/12 \times 105/12$.

⁷ $200.000 \times (1 + 0,07)^{105/12}$.

⁸ $24.918,80 \times (1 + 0,07)^{-39/12}$.

Por otro lado, el valor contable del componente de la máquina que se corresponde con la provisión es de 54.166,67⁹ euros.

Como la minoración en el importe de la provisión es superior al valor en libros de este componente del coste del activo, el exceso se reconocerá como un ingreso en la cuenta de resultados, tal y como señala el apartado 2.3 de la norma primera de la Resolución del ICAC de 1 de marzo de 2013, por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
143	Provisión por desmantelamiento, retiro y rehabilitación	341.524,76	
213	Maquinaria		54.166,67
795	Exceso de provisión		287.358,10

31 de diciembre de 20Y1

Por la amortización de la máquina:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	211.458,33 (1)	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		211.458,33
(1) $(2.683.333,33 - 1.996.093,75)/39 \times 12$.			

Por la actualización de la provisión por desmantelamiento, retiro y rehabilitación:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros actualización de provisiones	1.400 (1)	
143	Provisión por desmantelamiento, retiro y rehabilitación		1.400
(1) $20.000 \times 0,07$.			

⁹ Valor contable de la máquina: $2.737.500 - 1.996.093,75 = 741.406,25$ euros; Porcentaje del «componente provisión»: $200.000/2.737.500 = 0,07305936$; Valor en libros de dicho componente: $741.406,25 \times 0,07305936 = 54.166,67$.

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

Contabilidad financiera

La sociedad Alfa es propietaria de 200.000 acciones de la sociedad Beta. Las acciones tienen un valor nominal de 20 euros y fueron adquiridas el 31 de diciembre de 20X0 por un precio equivalente al 130% de su valor nominal con unos gastos del 2%, representando el 1% del capital social de la sociedad Beta. La sociedad clasificó las acciones como activos financieros disponibles para la venta. El 31 de diciembre de 20X1 el valor de cotización es del 150% de su valor nominal.

El 1 de mayo de 20X2 la sociedad Beta realiza una ampliación de capital en razón de una acción nueva, también de 20 euros de valor nominal, emitida a la par por cada dos antiguas. En el momento previo a la ampliación las acciones cotizaban al 160% de su valor nominal.

La sociedad Alfa decide ejercer la mitad de sus derechos y vender la mitad restante al 150% de su valor teórico.

El 31 de diciembre de 20X2 las acciones cotizan al 130% de su valor nominal.

Se pide:

- Valor teórico del derecho de suscripción.
- Coste teórico del derecho de suscripción.
- Anotaciones contables de los años 20X0, 20X1 y 20X2.

SOLUCIÓN

a) Valor teórico del derecho de suscripción

Valor teórico del derecho: $(20 \times 160\% - 20)/(2 + 1) = 4$ euros/acción.

b) Coste teórico del derecho de suscripción

Coste teórico del derecho: $(26,052^{10} - 20)/(2 + 1) = 2,0173333$ euros/acción.

¹⁰ $20 \times 130\% \times 1,002$.

c) Anotaciones contables de los años 20X0, 20X1 y 20X2

31 de diciembre de 20X0

Por la adquisición de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo instrumentos patrimonio ..	5.210.400	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		5.210.400 (1)
(1) 200.000 acciones × 20 × 130 % × 1.002.			

31 de diciembre de 20X1

Por la actualización a valor razonable de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo instrumentos patrimonio ..	789.600 (1)	
900	Beneficios activos financieros disponibles venta		789.600
(1) 200.000 acciones × 20 × 150 % - 5.210.400 euros.			

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios activos financieros disponibles venta	789.600	
133	Ajustes en activos financieros disponibles venta		789.600

30 de abril de 20X2

Por la actualización a valor razonable de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo instrumentos patrimonio ..	400.000 (1)	
900	Beneficios activos financieros disponibles venta		400.000
(1) 200.000 acciones × 20 × 160 % - 6.000.000 euros.			

1 de mayo de 20X2

La sociedad Alfa ejerce la mitad de sus derechos de suscripción (100.000), suscribiendo 50.000 acciones (la relación de canje es 1 acción nueva por cada 2 antiguas), y vende la otra mitad.

Por el desglose de los derechos de suscripción por su valor teórico:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
54-	Derechos de suscripción	800.000 (1)	
250	Inversiones financieras a largo plazo instrumentos patrimonio ..		800.000

(1) 200.000 acciones × 4 euros.

Por la suscripción de 50.000 acciones a 20 euros cada una:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo instrumentos patrimonio ..	1.400.000	
54-	Derechos de suscripción		400.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.000.000

Por la venta de 100.000 derechos al 150 % de su valor teórico:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	600.000	
54-	Derechos de suscripción		400.000
763	Beneficios en disponibles venta		200.000

Por el traspaso del beneficio de patrimonio neto a resultados:

Corresponde a 100.000 derechos de suscripción por la diferencia entre su coste y su valor teórico (4 – 2,0173333 = 1,9826667).

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
802	Transferencia de beneficios a patrimonio neto	198.266,67	
763	Beneficios en disponibles venta		198.266,67

31 de diciembre de 20X2

Por la actualización a valor razonable de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
800	Pérdidas activos financieros disponibles venta	500.000 (1)	
250	Inversiones financieras a largo plazo instrumentos patrimonio ..		500.000
(1) 7.000.000 – (250.000 acciones × 26).			

Por la imputación a la cuenta 133 de los beneficios y pérdidas de patrimonio neto:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios activos financieros disponibles venta	400.000,00	
133	Ajustes en activos financieros disponibles venta	298.266,67	
802	Transferencia de beneficios a patrimonio neto		198.266,67
800	Pérdidas activos financieros disponibles venta		500.000,00

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

Contabilidad financiera

El 1 de enero de 20X0 la sociedad Alfa recibe un préstamo de 2.000.000 de euros para llevar a cabo una reforma en sus instalaciones. El sistema de amortización es por anualidades constantes, siendo la duración del préstamo 5 años. Las partes acuerdan que el tipo de interés sea el 7%. Los gastos de formalización han supuesto la existencia de una TIE del 7,8%.

El 1 de enero de 20X3 la empresa alcanza un acuerdo con el prestamista por el cual no tendrá que afrontar el pago de las cuotas correspondientes a los ejercicios 20X3 y 20X4. En compensación, la empresa se compromete a entregar 900.000 euros el 31 de diciembre de 20X4. El interés de mercado en dicho momento es el 8%.

Se pide:

- Anotaciones contables a efectuar por la sociedad Alfa en todos los ejercicios.

SOLUCIÓN

En primer lugar, calculamos la anualidad del préstamo y elaboramos el cuadro de amortización del mismo:

$$2.000.000 = A \times [1 - (1 + 0,07)^{-5}]/0,07; A = 487.781,39 \text{ euros}$$

Cuadro de amortización				
Año	Capital	Interés	Amortización	Anualidad
1	2.000.000,00	140.000,00	347.781,39	487.781,39
2	1.652.218,61	115.655,30	372.126,09	487.781,39
3	1.280.092,52	89.606,48	398.174,91	487.781,39
4	881.917,61	61.734,23	426.047,16	487.781,39
5	455.870,46	31.910,93	455.870,46	487.781,39

A continuación elaboramos el cuadro a tipo de interés efectivo, para lo que calculamos el importe de los gastos de formalización:

$$2.000.000 - GF = 487.781,39 \times [1 - (1 + 0,078)^{-5}]/0,078; GF = 42.120,88 \text{ euros}$$

Coste amortizado						
Año	Capital	Interés efectivo	Interés explícito	Interés implícito	Amortización	Anualidad
1	1.957.879,11	152.714,57	140.000,00	12.714,57	335.066,43	487.781,39
2	1.622.812,68	126.579,39	115.655,30	10.924,09	361.202,00	487.781,39
3	1.261.610,68	98.405,63	89.606,48	8.799,15	389.375,76	487.781,39
4	872.234,92	68.034,32	61.734,23	6.300,09	419.747,07	487.781,39
5	452.487,85	35.294,05	31.910,93	3.383,12	452.487,85	487.781,39

1 de enero de 20X0

Por la obtención del préstamo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	1.957.879,11	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		1.622.812,68
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		335.066,43

31 de diciembre de 20X0

Por el devengo de intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	152.714,57	
527	Intereses a corto plazo deudas con entidades de crédito		140.000,00
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		12.714,57

Por el pago del principal e intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo deudas con entidades de crédito	140.000,00	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	347.781,39	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		487.781,39

Por la reclasificación de la deuda:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	361.202,00	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		361.202,00

31 de diciembre de 20X1

Por el devengo de intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	126.579,39	
527	Intereses a corto plazo deudas con entidades de crédito		115.655,30
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		10.924,09

Por el pago del principal e intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo deudas con entidades de crédito	115.655,30	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	372.126,09	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		487.781,39

Por la reclasificación de la deuda:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	389.375,76	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		389.375,76

31 de diciembre de 20X2

Por el devengo de intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	98.405,63	
527	Intereses a corto plazo deudas con entidades de crédito		89.606,48
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		8.799,15

Por el pago del principal e intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo deudas con entidades de crédito	89.606,48	.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
...		
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	398.174,91	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		487.781,39

Por la reclasificación de la deuda:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	419.747,07	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		419.747,07

1 de enero de 20X3

Se procede a comparar el valor actual del pasivo inicial con el valor actual del nuevo pasivo al tipo de interés efectivo inicial:

- VA pasivo inicial: $487.781,39 \times [1 - (1 + 0,078)^{-2}]/0,078 = 872.234,47$ euros.
- VA nuevo pasivo: $900.000 \times (1 + 0,078)^{-2} = 774.470,69$ euros.

La diferencia (97.763,78 €) es mayor que el 10% del pasivo original (condiciones sustancialmente diferentes), por lo que se procede a la baja del pasivo original y se reconoce el nuevo pasivo. La diferencia se imputará a resultados, tal y como señala el apartado 3.5 de la NRV 9.^a.¹¹

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	452.487,85	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	419.747,07	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		771.604,94 (1)
76-	Ingresos financieros por baja de pasivos		100.629,98
(1) $900.000 \times (1 + 0,08)^{-2}$.			

¹¹ Véase también consulta número 1 del BOICAC 76 (NFC031489).

31 de diciembre de 20X3

Por el devengo de intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	61.728,40 (1)	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		61.728,40
(1) $771.604,94 \times 0,08$.			

Por la reclasificación de la deuda:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	833.333,33	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		833.333,33

31 de diciembre de 20X4

Por el devengo de intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	66.666,67 (1)	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		66.666,67
(1) $833.333,33 \times 0,08$.			

Por la devolución del préstamo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	900.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		900.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 6

Contabilidad de sociedades

La sociedad anónima Omega, cuyas acciones cotizan en un mercado secundario oficial, presenta un balance a 31 de diciembre de 20X5 en el que figuran, entre otras, las siguientes cuentas:

- Gastos de investigación: 30.000 euros.
- Amortización acumulada de investigación: 10.000 euros.
- Capital social: 70.000 euros (7.000 acciones de 10 € de valor nominal).
- Reserva legal: 12.000 euros.
- Resultado del ejercicio: 30.000 euros.

El capital social se encuentra totalmente desembolsado y la sociedad Omega no tiene acciones propias en cartera.

Se pide:

Contabilizar las siguientes operaciones:

1. El 22 de enero de 20X6 la junta general de accionistas de Omega aprueba la siguiente propuesta de aplicación del resultado: a dividendos la mayor cuantía posible, previas las atenciones legales establecidas en el texto refundido de la Ley de sociedades de capital.
2. El 25 de enero de 20X6 Omega abona el dividendo activo a través de la cuenta bancaria.
3. El 1 de febrero de 20X6 la junta general de accionistas acuerda realizar una ampliación de capital con aportaciones dinerarias mediante la emisión de acciones sin voto en la cuantía máxima legalmente permitida, de igual nominal que las existentes, emitidas al 110% y desembolsadas en la cuantía mínima legalmente exigida.
4. El 31 de marzo de 20X6 se exige el desembolso pendiente. Los titulares del 90% de las acciones proceden al desembolso.
5. Tras la oportuna reclamación judicial y ante la imposibilidad de obtener el cumplimiento de la obligación de desembolso por parte del resto de accionistas morosos, Omega procede a emitir el 1 de agosto de 20X6 los duplicados correspondientes incurriendo en unos gastos de 100 euros que se abonan con cargo a la cuenta bancaria.

6. El 31 de agosto de 20X6 Omega consigue vender la mitad de los duplicados por el 100% de su valor nominal y liquida a los accionistas morosos cuyos duplicados se vendieron, exigiéndoles unos intereses de demora de 50 euros.
7. A la vista de que no consigue vender el resto de los duplicados, Omega procede a amortizar las correspondientes acciones el 30 de septiembre de 20X6.
8. El 5 de octubre de 20X6 Omega adquiere el máximo número de acciones propias permitido legalmente a un precio de 10 euros por acción.
9. El 15 de noviembre de 20X6 Omega vende 580 acciones propias a un precio unitario de 12 euros incurriendo en unos gastos de enajenación de 160 euros y decide amortizar el resto de las acciones propias que posee.
10. El 22 de diciembre de 20X6 Omega se plantea la posibilidad de reducir el capital para aumentar la reserva legal. ¿Es ello posible? Justifique la respuesta y, en caso de que pueda producirse, contabilice la operación mencionada.

Nota: El opositor debe hacer abstracción de los efectos fiscales.

SOLUCIÓN

Punto 1

Por la aplicación del resultado:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	30.000	
112	Reserva legal (1)		2.000
113	Reservas voluntarias (2)		20.000
526	Dividendo activo a pagar (3)		8.000

- (1) Según el artículo 274.1 del TRLSC la reserva legal se debe dotar en el 10% del resultado del ejercicio hasta alcanzar el 20% del capital social. En el supuesto es suficiente con dotar 2.000 euros.
- (2) El artículo 273.3 del TRLSC señala que para poder satisfacer dividendos es necesario que los gastos de investigación pendientes de amortizar estén cubiertos con reservas disponibles. A tal efecto es necesario dotar las reservas voluntarias por el valor contable de los gastos de investigación (30.000 - 10.000).
- (3) El resto del resultado se destina a dividendos.

Punto 2

Por el pago del dividendo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	8.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		8.000

Punto 3

Según el artículo 98 del TRLSC el capital social sin voto no puede ser mayor que la mitad del capital social desembolsado.

Siendo X el capital social sin voto, se plantea la siguiente ecuación:

$$X = 50\% (70.000 + 25\%X), \text{ de donde } X = 40.000 \text{ euros. Es decir, 4.000 acciones de } \\ 10 \text{ euros de valor nominal, que se emiten al } 110\% (11 \text{ €}).$$

Por otro lado, se entiende que tienen la consideración de pasivo financiero tal y como expresamente recoge el apartado 3 de la NRV 9.^a en su definición de los pasivos financieros al señalar como tales «en particular, determinadas acciones rescatables y acciones o participaciones sin voto¹²».

Por la emisión de las acciones sin voto:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones emitidas consideradas pasivos financieros	44.000	
199	Acciones emitidas consideradas pasivos financieros pendientes de inscripción		44.000

Por el desembolso mínimo del 25 % de capital y la totalidad de la prima:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	14.000 (1)	
			.../...

¹² No se trata de una cuestión pacífica en la doctrina, ya que en ocasiones se contabiliza como instrumento financiero compuesto. En este caso se opta por seguir la redacción literal de la citada NRV.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../....			
153	Desembolsos no exigidos por acciones consideradas pasivos financieros	30.000	
190	Acciones emitidas consideradas pasivos financieros		44.000
(1) 4.000 acciones × 10 × (25 % + 10 %).			

Por la inscripción en el Registro Mercantil:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
199	Acciones emitidas consideradas pasivos financieros pendientes de inscripción	44.000	
150	Acciones a largo plazo consideradas pasivos financieros		44.000

Punto 4

Por la exigencia del desembolso pendiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
5585	Socios por desembolsos exigidos por acciones consideradas pasivos financieros	30.000	
153	Desembolsos no exigidos por acciones consideradas pasivos financieros		30.000

Por el desembolso del 90 % de los titulares de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	27.000 (1)	
5586	Socios morosos acciones consideradas pasivos financieros	3.000 (2)	
5585	Socios desembolsos exigidos por acciones consideradas pasivos financieros		30.000
(1) Titulares de 3.600 acciones desembolsan lo exigido: 90 % × 4.000 acciones × 10 × 75 %.			
(2) Titulares de 400 acciones no proceden al desembolso: 10 % × 4.000 acciones × 10 × 75 %.			

Punto 5

Por la emisión de los duplicados:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
-	Duplicados de acciones consideradas pasivos financieros	4.400 (1)	
-	Acciones consideradas pasivos financieros anuladas		4.400
(1) 400 títulos × 10 × 110 %.			

Por los gastos de emisión:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
5586	Socios morosos acciones consideradas pasivos financieros	100	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100

Punto 6

Por la venta de la mitad de los duplicados:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	2.000 (1)	
5586	Socios morosos acciones consideradas pasivos financieros	200	
-	Duplicados de acciones consideradas pasivos financieros		2.200 (2)
(1) 200 títulos × 10 × 100 %.			
(2) 200 títulos × 10 × 110 %.			

Por la liquidación de los accionistas morosos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
-	Acciones consideradas pasivos financieros anuladas	2.200 (1)	
5586	Socios morosos acciones consideradas pasivos financieros		1.750
769	Otros ingresos financieros		50
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../....			
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		400 (2)
(1) 200 títulos \times 10 \times 110 %. (2) Los accionistas abonaron 700 euros (200 acciones \times 3,5 €), importe que la sociedad tiene que devolver pero minorado en la mitad de los gastos de emisión (50 €), la pérdida resultante de la venta de los duplicados (200 €) y los intereses de demora (50 €).			

Punto 7

Por la reducción de capital como consecuencia de no vender la mitad de los duplicados:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
150	Acciones a largo plazo consideradas pasivos financieros	2.200 (1)	
-	Duplicados de acciones consideradas pasivos financieros		2.200
(1) 200 títulos \times 10 \times 110 %.			

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
-	Acciones consideradas pasivos financieros anuladas	2.200 (1)	
5586	Socios morosos acciones consideradas pasivos financieros		1.550
778	Ingresos excepcionales		650 (2)
(1) 200 títulos \times 10 \times 110 %. (2) Los accionistas abonaron 700 euros (200 acciones \times 3,5 €), importe que la sociedad se queda, minorado en la mitad de los gastos de emisión de los duplicados (50 €).			

Punto 8

Por la adquisición del número máximo de acciones propias:

Al no pronunciarse el enunciado al respecto, se entiende que se adquieren acciones ordinarias y no las acciones sin voto, por su posible repercusión en futuras operaciones.

Deben cumplirse los requisitos del artículo 146 del TRLSC:

- No pueden superar el 10% (la sociedad cotiza en bolsa) del capital social: el 10% de 108.000 euros (70.000 + 40.000 – 2.000) es 10.800 euros, por lo que el número máximo de acciones propias a adquirir serían 1.080 (10.800/10 de valor nominal).
- Que la adquisición no produzca que el patrimonio neto sea inferior al capital social más las reservas legales indisponibles y las estatutarias indisponibles por estatutos. El patrimonio neto es 142.000 euros¹³ (108.000 –capital social– + 14.000 –reserva legal– + 20.000 –reservas voluntarias–), por lo que el importe máximo que se podría emplear para la adquisición de las acciones propias sería 20.000 euros (142.000 – 122.000).

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
108	Acciones propias en situaciones especiales	10.800 (1)	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		10.800

(1) 1.080 acciones × 10 euros (VN = 10).

Punto 9

Por la venta de 580 acciones propias:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	6.800 (1)	
108	Acciones propias en situaciones especiales		5.800 (2)
113	Reservas voluntarias		1.000

(1) 580 acciones × 12 euros – 160 euros.
(2) 580 acciones × 10 euros de valor nominal.

Por la amortización del resto de acciones propias (500):

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	5.000 (1)	
			.../...

¹³ Para la solución no se han tenido en cuenta otras operaciones que han dado lugar a la contabilización de ingresos o gastos y que podrían afectar al cálculo del patrimonio neto.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
113	Acciones propias en situaciones especiales		5.000
(1) 500 acciones × 10 euros de valor nominal.			

Por la dotación de la reserva indisponible para evitar la oposición de los acreedores¹⁴:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	5.000	
1142	Reserva por capital amortizado		5.000

Punto 10

Según el artículo 322.1 del TRLSC, no se podrá reducir capital social para incrementar la reserva legal cuando esta exceda del 10% del mismo.

El capital social es de 103.000 euros (70.000 + 40.000 – 2.000 – 5.000) y la reserva legal se sitúa en 14.000 euros, por lo que ya está por encima del 10% del capital. A la vista de lo anterior no cabe reducir capital para dotar la reserva legal.

CASO PRÁCTICO NÚM. 7

Contabilidad de sociedades

Las sociedades anónimas Alfa y Beta han acordado su fusión mediante la absorción de la segunda por parte de la primera.

Los balances de ambas sociedades en el momento en que las juntas generales de accionistas aprueban la fusión son los siguientes:

¹⁴ Salvo que los acreedores tuviesen una garantía de cobro de sus créditos, en cuyo caso no se dotaría esta reserva indisponible.

Alfa, SA			
Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Inmovilizado material	11.500.000	Capital social	5.000.000
Existencias	3.500.000	Reservas	18.000.000
Inversiones financieras (1)	6.000.000	Acreedores	4.000.000
Deudores	5.500.000		
Tesorería	500.000		
Total	27.000.000	Total	27.000.000
(1) Corresponde a 3.000 acciones de Beta.			

Beta, SA			
Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Inmovilizado material	5.500.000	Capital social	5.000.000
Existencias	2.250.000	Reservas	3.500.000
Inversiones financieras (2)	500.000	Acreedores	3.250.000
Deudores	3.000.000		
Tesorería	500.000		
Total	11.750.000	Total	11.750.000
(1) Corresponde a 1.000 acciones de Beta.			

Ambas inversiones financieras fueron adquiridas meses antes del inicio de las negociaciones para la fusión.

Los capitales sociales de ambas sociedades están formados por 10.000 acciones de 500 euros de valor nominal.

A efectos de la fusión, se acuerda que los valores contables que figuran en los balances coinciden con sus valores razonables, con la excepción de los inmovilizados materiales, cuyos valores razonables se fijan en 15.750.000 euros y 7.500.000 euros, para Alfa y Beta, respectivamente.

Alfa ampliará capital en el menor número posible de acciones a entregar a los accionistas de Beta, utilizando a tal efecto las acciones reflejadas en inversiones financieras.

Se pide:

- a) Valor teórico de las acciones de ambas sociedades.
- b) Número de acciones a emitir por Alfa.
- c) Coste de la combinación de negocios.
- d) Determinar, si existe, el importe del fondo de comercio o diferencia negativa.
- e) Contabilización de las operaciones.
- f) Contabilización de las operaciones si se hubiera acordado que Beta absorbiera a Alfa.

Nota: El opositor debe hacer abstracción de los efectos fiscales.

SOLUCIÓN

a) Valor teórico de las acciones de ambas sociedades

Alfa		Beta	
Capital social	5.000.000	Capital social	5.000.000
Reservas	18.000.000	Reservas	3.500.000
Patrimonio neto contable	23.000.000	Patrimonio neto contable	8.500.000
Ajustes:		Ajustes:	
Inmovilizado material	4.250.000	Inmovilizado material	2.000.000
Acciones de Beta	$-6.000.000 + 3.000 \times V_{\text{Beta}}$	Acciones de Alfa	$-500.000 + 1.000 \times V_{\text{Alfa}}$
Patrimonio neto contable ajustado	$21.250.000 + 3.000 \times V_{\text{Beta}}$	Patrimonio neto contable ajustado	$10.000.000 + 1.000 \times V_{\text{Alfa}}$

- $10.000 \text{ acciones} \times V_{\text{Alfa}} = 21.250.000 \text{ euros} + 3.000 \text{ acciones} \times V_{\text{Beta}}$
- $10.000 \text{ acciones} \times V_{\text{Beta}} = 10.000.000 \text{ euros} + 1.000 \text{ acciones} \times V_{\text{Alfa}}$

Se despejan los valores y se obtiene el siguiente resultado:

- Valor teórico Alfa = 2.500 euros/acción.
- Valor teórico Beta = 1.250 euros/acción.

b) Número de acciones a emitir por Alfa

Para calcular el número de acciones a emitir se toma el importe del patrimonio que va a absorber la sociedad Alfa minorado en lo que ya posee:

$$(10.000 \text{ acciones} - 3.000 \text{ acciones}) \times 1.250 \text{ euros/acción} = 8.750.000 \text{ euros.}$$

Ese patrimonio se divide entre el valor teórico de las acciones de Alfa:

$$8.750.000/2.500 = 3.500 \text{ acciones.}$$

De las 3.500 acciones será necesario emitir solo 2.500, ya que los accionistas de Beta ya poseen 1.000 acciones de Alfa.

Número de acciones a emitir: 2.500.

c) Coste de la combinación de negocios

Será el valor de los instrumentos de patrimonio emitidos (2.500 acciones \times 2.500 €/acción) más el valor de los activos entregados (1.000 acciones \times 2.500 €/acción), es decir: 8.750.000 euros.

d) Determinar, si existe, el importe del fondo de comercio o diferencia negativa

Se compara la suma del coste de la combinación de negocios (8.750.000) y el valor razonable de la participación previa (3.000 acciones \times 1.250 €/acción), que resulta 12.500.000 euros, con el valor razonable de los activos menos los pasivos adquiridos (15.750.000 – 3.250.000 = 12.500.000).

Por tanto, al coincidir ambos importes, no existe ni fondo de comercio ni diferencia negativa.

e) Contabilización de las operaciones

Contabilidad de Beta:

Por la reapertura de la contabilidad:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21-	Inmovilizado material	5.500.000	
3-	Existencias	2.250.000	
24-	Inversiones financieras	500.000	
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
4-	Deudores	3.000.000	
57-	Tesorería	500.000	
100	Capital social		5.000.000
11-	Reservas		3.500.000
4-	Acreedores		3.250.000

Por el traspaso del activo y del pasivo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21-	Inmovilizado material		5.500.000
3-	Existencias		2.250.000
24-	Inversiones financieras		500.000
4-	Deudores		3.000.000
57-	Tesorería		500.000
77-	Resultados de fusión		4.000.000
4-	Acreedores	3.250.000	
5531	Socios cuenta fusión	12.500.000	

Por la entrega de las acciones a los socios:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	5.000.000	
11-	Reservas	3.500.000	
77-	Resultados de fusión	4.000.000	
5531	Socios cuenta fusión		12.500.000

Contabilidad de Alfa

Por la reapertura de la contabilidad:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21-	Inmovilizado material	11.500.000	
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
3-	Existencias	3.500.000	
24-	Inversiones financieras	6.000.000	
4-	Deudores	5.500.000	
57-	Tesorería	500.000	
100	Capital social		5.000.000
11-	Reservas		18.000.000
4-	Acreedores		4.000.000

Por la emisión de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones emitidas	6.250.000 (1)	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		6.250.000

(1) 2.500 acciones × 2.500 euros/acción.

Por la recepción del activo y del pasivo a valor razonable:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21-	Inmovilizado material	7.500.000	
3-	Existencias	2.250.000	
108	Acciones propias	2.500.000	
4-	Deudores	3.000.000	
57-	Tesorería	500.000	
4-	Acreedores		3.250.000
5530	Socios de sociedad disuelta		12.500.000

Por la actualización de las acciones de Beta:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	2.250.000 (1)	
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
24-	Inversiones financieras		2.250.000
(1) 3.000 acciones × (2.000 – 1.250) euros/acción.			

Por la entrega de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
5530	Socios de sociedad disuelta	12.500.000	
190	Acciones emitidas		6.250.000
24-	Inversiones financieras		3.750.000 (1)
108	Acciones propias		2.500.000
(1) 3.000 acciones × 1.250 euros/acción.			

Por la inscripción de la ampliación de capital en el Registro Mercantil:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	6.250.000	
100	Capital social		1.250.000 (1)
110	Prima de emisión		5.000.000
(1) 2.500 acciones × 500 euros/acción.			

f) Contabilización de las operaciones si se hubiera acordado que Beta absorbiera a Alfa

En primer lugar, hay que calcular el número de acciones a emitir por Beta:

Para calcular el número de acciones a emitir se toma el importe del patrimonio que va a absorber la sociedad Beta minorado en lo que ya posee:

$$(10.000 \text{ acciones} - 1.000 \text{ acciones}) \times 2.500 \text{ euros/acción} = 22.500.000 \text{ euros.}$$

Ese patrimonio se divide entre el valor teórico de las acciones de Alfa:

$$22.500.000 \text{ euros} / 1.250 \text{ euros/acción} = 18.000 \text{ acciones}$$

De las 18.000 acciones será necesario emitir solo 15.000, ya que los accionistas de Alfa ya poseen 3.000 acciones de Beta.

Número de acciones a emitir: 15.000.

Contabilidad de Alfa:

Por la reapertura de la contabilidad:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21-	Inmovilizado material	11.500.000	
3-	Existencias	3.500.000	
24-	Inversiones financieras	6.000.000	
4-	Deudores	5.500.000	
57-	Tesorería	500.000	
100	Capital social		5.000.000
11-	Reservas		18.000.000
4-	Acreedores		4.000.000

Por el traspaso del activo y del pasivo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21-	Inmovilizado material		11.500.000
3-	Existencias		3.500.000
24-	Inversiones financieras		6.000.000
4-	Deudores		5.500.000
57-	Tesorería		500.000
5531	Socios cuenta de fusión	23.000.000	
4-	Acreedores	4.000.000	

Por la entrega de las acciones a los socios:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	5.000.000	
11-	Reservas	18.000.000	
5531	Socios cuenta fusión		23.000.000

Contabilidad de Beta:

Por la reapertura de la contabilidad:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21-	Inmovilizado material	5.500.000	
3-	Existencias	2.250.000	
24-	Inversiones financieras	500.000	
4-	Deudores	3.000.000	
57-	Tesorería	500.000	
100	Capital social		5.000.000
11-	Reservas		3.500.000
4-	Acreedores		3.250.000

Por la actualización de sus activos a valor razonable, ya que sigue siendo (al igual que en el apartado e) la empresa adquirida.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21-	Inmovilizado material	2.000.000 (1)	
24-	Inversiones financieras	2.000.000 (2)	
77-	Resultados de fusión		4.000.000

(1) 7.500.000 – 5.500.000.
 (2) 1.000 acciones × (2.500 – 500) euros/acción.

Por la emisión de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones emitidas	18.750.000 (1)	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		18.750.000

(1) 15.000 acciones × 1.250 euros/acción.

Por la recepción de los activos y pasivos de Alfa a valor contable (se trata de la sociedad adquirente):

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21-	Inmovilizado material	11.500.000	
3-	Existencias	3.500.000	
108	Acciones propias	6.000.000	
4-	Deudores	5.500.000	
57-	Tesorería	500.000	
4-	Acreedores		4.000.000
5530	Socios de sociedad disuelta		23.000.000

Por la entrega de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
5530	Socios de sociedad disuelta	23.000.000	
110	Prima de emisión	4.250.000	
190	Acciones emitidas		18.750.000
24-	Inversiones financieras		2.500.000 (1)
108	Acciones propias		6.000.000

(1) 1.000 acciones × 2.500 euros/acción.

Por la inscripción de la ampliación de capital en el Registro Mercantil:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	18.750.000	
100	Capital social		7.500.000 (1)
110	Prima de emisión		11.250.000

(1) 15.000 acciones × 500 euros/acción.

CASO PRÁCTICO NÚM. 8

Operaciones financieras

Las cuotas de amortización de un préstamo francés correspondientes al año 12 y al año 13 son, respectivamente, 154.813,22 euros y 164.102,01 euros. El préstamo tiene una duración de 20 años.

Se pide:

Calcular:

- a) El tipo de interés.
- b) La cuota de amortización correspondiente a la 16.^a anualidad.
- c) La cuantía del préstamo.
- d) La anualidad.
- e) El interés correspondiente a la 8.^a anualidad.
- f) El capital pendiente de amortizar una vez satisfecha la 13.^a anualidad.
- g) El capital amortizado una vez satisfecha la 17.^a anualidad.
- h) El valor del préstamo, del usufructo y de la nuda propiedad cuando han transcurrido 10 años si el interés de mercado es un 5% anual.

SOLUCIÓN

a) El tipo de interés

$$154.813,22 \times (1 + i) = 164.102,01 \text{ euros}$$

$$i = 0,05999999 \cong 0,06$$

b) La cuota de amortización correspondiente a la 16.^a anualidad

La cuota del año 16 se calcula capitalizando 4 años la cuota el año 11:

$$154.813,22 \times (1 + 0,06)^4 = 195.448,12 \text{ euros}$$

c) La cuantía del préstamo

En primer lugar, se calcula la cuota de amortización del año 1:

$$154.813,22 \times (1 + 0,06)^{-11} = 81.553,67 \text{ euros}$$

La cuantía del préstamo se obtiene como el valor final de una renta de 20 años pospagable inmediata de término 81.553,67 euros:

$$81.553,67 \times (1 + 0,06)^{20} - 1/0,06 = 3.000.000 \text{ euros}$$

d) La anualidad

$$3.000.000 = X \times 1 - (1 + 0,06)^{-20}/0,06$$

$$X = 261.553,67 \text{ euros}$$

e) El interés correspondiente a la 8.^a anualidad

Se calcula la cuota del año 8 y se le resta de la anualidad:

$$81.553,67 \times (1 + 0,06)^7 = 122.626,56 \text{ euros}$$

$$261.553,67 - 122.626,56 = 138.927,10 \text{ euros}$$

f) El capital pendiente de amortizar una vez satisfecha la 13.^a anualidad

Se calcula el valor actual de una renta de 7 años pospagable e inmediata de término equivalente a la anualidad:

$$261.553,67 \times 1 - (1 + 0,06)^{-7}/0,06 = 1.460.092,36 \text{ euros}$$

g) El capital amortizado una vez satisfecha la 17.^a anualidad

Se obtiene como el valor final de una renta de 17 años pospagable inmediata de término 81.553,67 euros:

$$81.553,67 \times (1 + 0,06)^{17} - 1/0,06 = 2.300.863,89$$

h) El valor del préstamo, del usufructo y de la nuda propiedad cuando han transcurrido 10 años si el interés de mercado es un 5 % anual

Valor del préstamo:

$$261.553,67 \times 1 - (1 + 0,05)^{-10}/0,05 = 2.019.648,12 \text{ euros}$$

Valor de la nuda propiedad:

Se calcula la cuota del año 11 y posteriormente el valor de mercado de las cuotas pendientes:

$$81.553,67 \times (1 + 0,06)^{10} = 146.050,20 \text{ euros}$$

$$146.050,20 \times (1 - 1,06^{10} \times 1,05^{-10}) / (1,05 - 1,06) = 1.452.106,12 \text{ euros}$$

Valor del usufructo:

Se obtiene por diferencia entre el valor del préstamo y la nuda propiedad:

$$2.019.648,12 - 1.452.106,12 = 567.542 \text{ euros}$$

CASO PRÁCTICO NÚM. 9

Operaciones financieras

El señor González registra una patente sobre un novedoso sistema de ahorro energético que reduce los consumos de energía en más de un 75%. La sociedad Alfa se pone en contacto con él para negociar el derecho de explotación de la patente durante su periodo de vigencia (20 años). Para la cesión del derecho de explotación el señor González pide lo siguiente:

1. El primer año, la entrega de 50.000 euros.
2. Durante los nueve años siguientes la cantidad a entregar se incrementará en 5.000 euros en relación con la satisfecha el año anterior.
3. Durante los cinco años siguientes (del año 11 al año 15), la renta anual se mantendrá constante en relación con la satisfecha en el año 10.
4. En los cinco últimos años la renta disminuirá en 2.000 euros cada año.

Tras las negociaciones entre las partes se llega al siguiente acuerdo: la sociedad Alfa le entregará al señor González una renta anual constante equivalente a la proposición inicial.

El tipo de interés de mercado es el 7% anual.

Se pide:

Determinar la renta anual constante que debe entregar la sociedad Alfa al señor González.

SOLUCIÓN

Se trata de calcular el valor actual de los distintos pagos iniciales que estaban previstos e igualarlo con el valor actual de una renta de 20 términos con importe a determinar, constante, pospagable (suponemos así, ya que el enunciado no dice nada) e inmediata.

Valor actual pagos puntos 1 y 2:

Se trata del valor actual de una renta pospagable de 10 términos que varían en progresión aritmética de razón 5.000 euros, cuyo primer término es 50.000 euros:

$$[(50.000 + 5.000/0,07 + 10 \times 5.000) \times 1 - (1 + 0,07)^{-10}]/0,07 - (10 \times 5.000)/0,07 = \\ = 489.756,84 \text{ euros}$$

Valor actual de los pagos punto 3:

Se trata del valor actual de una renta constante y pospagable de 5 términos, cada uno de 95.000 euros, y diferida en 10 años:

$$95.000 \times [1 - (1 + 0,07)^{-5}]/0,07 \times 1,07^{-10} = 198.011,58 \text{ euros}$$

Valor actual de los pagos punto 4:

Se trata del valor actual de una renta pospagable de 5 términos que varían en progresión aritmética de razón -2.000 euros, cuyo primer término es 93.000 euros, y diferida en 15 años:

$$\{(93.000 + -2.000/0,07 + 10 \times -2.000) \times [1 - (1 + 0,07)^{-5}]\}/0,07 - (10 \times -2.000)/0,07 \times \\ \times 1,07^{-15} = 132.664,32 \text{ euros}$$

La suma de estos 3 valores actuales se sustituye por el valor actual de una renta de 20 términos de valor X, constante, inmediata y pospagable:

$$(489.756,84 + 198.011,58 + 132.664,32) = X \times [1 - (1 + 0,07)^{-20}]/0,07$$

$$X = 77.443,05 \text{ euros}$$