

- Tributación de los derechos de imagen de los deportistas profesionales. *Salvador Ramírez Gómez*
- Hacia una planificación sustantiva: ¿nuevo paradigma? *Elizabeth Gil García*
- El caso Amazon: ¿la última frontera sobre controversias de precios de transferencia, intangibles y economía digital? *José Manuel Calderón Carrero*
- Supuestos de modificación de la base imponible en el IVA. *Ignacio García Sinde*
- Los principios de buena fe y seguridad jurídica en la aplicación de regímenes arancelarios preferenciales. *Alejandro García Heredia*
- El obligado contactualmente al pago del IIVTNU no puede recurrir su liquidación. *Neus Teixidor Martínez*
- Liquidación y contabilización del IS 2016. Caso práctico. *Luis A. Malvárez Pascual y M. Pilar Martín Zamora*
- Recursos y capacidades en el sistema de franquicias. *Ángeles Carsi Lluch*
- Caso práctico de Interventores y Auditores de la Administración de la Seguridad Social. *Javier Aguilar López*

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Junio 2017 – Número 411

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

- 52/2017** Tributación de las rentas generadas por los derechos de imagen de los deportistas profesionales en el ámbito nacional e internacional
Taxation of the income generated by the image rights of professional sports on the national and international sector 5
(Salvador Ramírez Gómez)
- 53/2017** De la planificación fiscal «agresiva» hacia una planificación «sustantiva»: ¿Es este el nuevo paradigma?
From the «aggressive» tax planning towards a «substantial» tax planning: A new paradigm? 47
(Elizabeth Gil García)
- 54/2017** La sentencia de la US Tax Court en el caso Amazon: Un precedente relevante sobre controversias de precios de transferencia, intangibles y economía digital
The US Tax Court ruling in Amazon: A leading case on transfer pricing litigation related to intangible assets and digital economy 85
(José Manuel Calderón Carrero)
- 55/2017**  Cuestiones prácticas sobre supuestos de modificación de la base imponible del impuesto sobre el valor añadido español
Practical questions related to the scenarios of modification of the taxable base of the Spanish value added tax 109
(Ignacio García Sinde)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

- 56/2017** Los avisos de la Comisión Europea sobre irregularidades en la aplicación de aranceles preferenciales: Efectos sobre la buena fe de los importadores y adecuación al principio de seguridad jurídica (Análisis de la STGUE de 15 de diciembre de 2016, asunto T-548/14) 113
(Alejandro García Heredia)

57/2017	El sujeto obligado contractualmente al pago del IIVTNU no se halla legitimado para impugnar esa liquidación (Análisis de la STSJ de Andalucía de 21 de noviembre de 2016 [rec. núm. 673/2016])	123
	(Neus Teixidor Martínez)	

CASO PRÁCTICO

58/2017	Liquidación del impuesto sobre sociedades 2016. Régimen especial de empresas de reducida dimensión. Valoración y registro del gasto –ingreso– devengado por el impuesto sobre beneficios (caso práctico)	129
	(Luis A. Malvárez Pascual y M. Pilar Martín Zamora)	

CONTABILIDAD

ESTUDIOS

59/2017	¿Por qué franquician las empresas? La teoría de recursos y capacidades aplicada al sistema de franquicia <i>Why do companies franchise? The resources and capabilities view applied to franchise systems</i>	131
	(Ángeles Carsi Lluch)	

CASO PRÁCTICO

60/2017	Segundo ejercicio resuelto del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Interventores y Auditores de la Administración de la Seguridad Social	167
	(Javier Aguilar López)	

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.

TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS GENERADAS POR LOS DERECHOS DE IMAGEN DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

Salvador Ramírez Gómez

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Huelva*

EXTRACTO

El objeto del presente trabajo es un análisis doctrinal y jurisprudencial del régimen tributario de los rendimientos derivados de los derechos de imagen de los deportistas profesionales, tanto desde la perspectiva del ordenamiento interno como desde el ámbito de los convenios de doble imposición, abordando los problemas relacionados con la calificación de los mismos y la utilización de sociedades interpuestas en la explotación de los citados derechos, con especial atención al régimen de imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen y al tratamiento que estos reciben en los CDI suscritos por España.

Palabras clave: tributación derechos de imagen, fiscalidad internacional y convenios de doble imposición.

Fecha de entrada: 22-02-2017 / Fecha de aceptación: 14-03-2017

TAXATION OF THE INCOME GENERATED BY THE IMAGE RIGHTS OF PROFESSIONAL SPORTS ON THE NATIONAL AND INTERNATIONAL SECTOR

Salvador Ramírez Gómez

ABSTRACT

The objective of the present work is a doctrinal and jurisprudential analysis of the tax regime of the revenue derived from the image rights of professional athletes, both from the perspective of the internal order and from the double taxation conventions, addressing the related problems With the qualification of the same and the use of companies interposed in the exploitation of the aforementioned rights, with special attention to the system of imputation of income for the assignment of image rights and the treatment they receive in the double taxation conventions signed by Spain.

Keywords: taxation of image rights, international taxation and double taxation conventions.

Sumario

- I. Concepto y contenido del derecho a la propia imagen y su interés para el derecho tributario
- II. Calificación tributaria de las rentas generadas por los derechos de imagen en nuestro ordenamiento interno
 1. La cesión de derechos de imagen como rendimientos del capital mobiliario
 2. La explotación de la propia imagen y la cesión de derechos de imagen como rendimientos de actividad económica
 3. La cesión de los derechos de imagen y su calificación como rendimientos del trabajo
- III. La interposición de sociedades como mecanismo para la obtención de los rendimientos derivados de la cesión del derecho de imagen
 1. El régimen de imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen
 2. La obligación de ingreso a cuenta en el régimen de imputación de rentas por cesión de derechos de imagen
 3. Las rentas derivadas de los derechos de imagen y la transparencia fiscal internacional
 4. Aplicación de régimen de operaciones vinculadas a las cesiones de derechos de imagen a sociedades instrumentales
- IV. Cesión de derechos de imagen y fiscalidad internacional
 1. Contribuyentes residentes (IRPF)
 2. Contribuyentes no residentes (IRNR)
 3. Los rendimientos derivados de la explotación de los derechos de imagen en el ámbito de los CDI
 - a) El artículo 7 del MCOEDE: Beneficios empresariales
 - b) El artículo 12 del MCOEDE: Cánones
 - c) El artículo 17 del MCOEDE: Las rentas de artistas y deportistas
- V. La explotación de los derechos de imagen de los deportistas mediante la interposición de sociedades y el delito fiscal

Bibliografía

NOTA: Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Sostenibilidad y responsabilidad en el ámbito deportivo: propuestas de reforma normativa ante los retos fiscales y laborales de los deportistas» (DER 2015-64752-P).

I. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU INTERÉS PARA EL DERECHO TRIBUTARIO

Como es conocido, el derecho a la propia imagen aparece recogido en el artículo 18.1 de la Constitución que, otorgándole rango de derecho fundamental, garantiza su protección. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, lleva a cabo su desarrollo legal, disponiendo su protección frente a todo tipo de intromisiones ilegítimas y configurándolo como un derecho de la personalidad y, como tal, inalienable, irrenunciable e imprescriptible (art. 3); lo cual no es impedimento para que el titular del mismo pueda ceder algunas de las facultades que lo integran. El contenido del derecho a la propia imagen se encuentra delimitado por el artículo 7 de la citada ley orgánica que lo refiere al derecho del titular a captar, reproducir o publicar su propia imagen (art. 7.5) o a utilizar su nombre, su voz o su imagen para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (art. 7.6).

La ley protege, pues, al titular del derecho a la propia imagen de las intromisiones ilegítimas, al tiempo que reconoce un contenido positivo en la facultad otorgada al mismo de reproducir la propia imagen, exponerla, publicarla e, incluso, comerciar con ella, consintiendo expresamente a un tercero dichas acciones o utilización. Este componente patrimonial del derecho a la propia imagen ha sido reconocido, tanto por el Tribunal Constitucional¹, como por la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, quien viene reiterando expresamente que «cabe la celebración de negocios jurídicos sobre disposición de determinados aspectos de los derechos fundamentales, como el "derecho de imagen". Se trataría de la creación o ejecución de un derecho económico sobre la imagen o el "aspecto patrimonial" de la explotación de la imagen, que no supone renuncia al derecho fundamental, sino comercialización de uno de sus aspectos, el material»². Se trata, pues, de un derecho susceptible de poseer un contenido patrimonial, que puede ser objeto de explotación económica, comercial o publicitaria, ya sea por su titular o por un tercero, mediante contraprestación.

Es, precisamente, ese aspecto patrimonial del derecho a la propia imagen y la posibilidad de su explotación lo que lo hace susceptible de convertirse en una manifestación de capacidad económica y, consecuentemente, en posible objeto de imposición. El interés por la tributación de los derechos de imagen se ha visto incrementado en los últimos tiempos, pues, cada vez es más frecuente que,

¹ *Id.* las SSTC 81/2001, de 26 de marzo; 231/1988, de 2 de diciembre; 99/1994, de 11 de abril; 117/1994, de 25 de abril; 81/2001, de 26 de marzo, entre otras.

² SAN de 13 de junio de 2002, rec. núm. 115/2000; en el mismo sentido, las Sentencias de 4 de julio de 2002, rec. núm. 1294/1999; de 13 de marzo de 2003, rec. núm. 940/2000; de 18 de julio de 2006, rec. núm. 1096/2003; entre otras muchas. También se ha pronunciado en esos términos la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencias de 8 de mayo de 2014, rec. núm. 746/2011; y de 26 de junio de 2016, rec. núm. 2593/2013, entre otras.

especialmente, artistas y deportistas profesionales decidan obtener rentas derivadas de la explotación comercial de su imagen, no solo por los resultados económicos que ello les genera, sino, también, en no pocas ocasiones, por las posibilidades de reducción o elusión de la carga tributaria que por dicha vía se abren. Especialmente en relación con los deportistas profesionales, y particularmente en relación con los futbolistas, desde principios de los años noventa y coincidiendo con un importante aumento de los ingresos generados por el deporte y de las retribuciones de los propios futbolistas profesionales, comenzaron a aparecer numerosos supuestos de planificación fiscal, en los que los clubes desdoblaban los contratos de sus jugadores en dos modalidades, desgajando de los contratos laborales la cesión del derecho de explotación de su imagen, diseñando un esquema triangular en el que el deportista cedía originariamente la explotación de este derecho a una sociedad interpuesta, normalmente de su propiedad o controlada por él, a la que el club con el que contrataba el deportista debía adquirir obligatoriamente el derecho a la explotación de su imagen. En muchos casos, además, las sociedades interpuestas se constituían en jurisdicciones de conveniencia o territorios de baja o nula tributación, con lo que no solo se eludía el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) sino que las retribuciones formalmente domiciliadas en las sociedades no residentes eludían casi totalmente la tributación en España³. Son casos acontecidos principalmente en dicha época los que han dado lugar a la mayor parte de la jurisprudencia que ha venido elaborando tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, y que, junto con otras cuestiones relacionadas con la tributación de los derechos de imagen, será objeto de análisis en los apartados siguientes.

II. CALIFICACIÓN TRIBUTARIA DE LAS RENTAS GENERADAS POR LOS DERECHOS DE IMAGEN EN NUESTRO ORDENAMIENTO INTERNO

La calificación a efectos tributarios de las retribuciones obtenidas por la explotación directa o por la cesión del derecho a la propia imagen ha sido desde sus inicios una cuestión especialmente conflictiva, en particular en determinados ámbitos como es el de los deportistas profesionales. A los problemas derivados de la calificación como rendimientos del trabajo, de actividades económicas o del capital, se unen los que se plantean como consecuencia de la puesta en escena de esquemas de planificación fiscal, mediante la interposición de sociedades a las que se cede el derecho a su explotación, problemas que se agravan cuando, como ocurre con mucha frecuencia, dichas sociedades se encuentran establecidas en el extranjero, principalmente en paraísos fiscales o territorios de baja tributación, que obliga a tomar en consideración la compleja regulación contenida en los convenios de doble imposición (CDI). En este apartado se van a analizar, exclusivamente, las cuestiones que plantea la calificación y el régimen tributario de las rentas derivadas de los derechos de imagen de los deportistas desde la perspectiva del ordenamiento interno, dejando para un apartado posterior los aspectos relacionados con la tributación internacional.

³ El Informe de la *Financial Action Task Force*, publicado en julio de 2009: «El blanqueo de dinero en el sector del fútbol», ya alertaba del riesgo de que los pagos en conceptos de derecho de imagen se utilicen como mecanismo para blanquear dinero o para encubrir parte de la retribución salarial, con la finalidad de diferir o evitar el pago de impuestos.

1. LA CESIÓN DE DERECHOS DE IMAGEN COMO RENDIMIENTOS DEL CAPITAL MOBILIARIO

El artículo 25.4 d) de la vigente Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio (LIRPF), califica como rendimientos derivados del capital mobiliario los procedentes de la cesión del derecho a la explotación de la imagen o del consentimiento o autorización para su utilización, salvo que dicha cesión tenga lugar en el ámbito de una actividad económica. Esta tipificación expresa de los rendimientos derivados de los derechos de imagen se introdujo en el IRPF por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que junto con la obligada imputación al contribuyente de las contraprestaciones obtenidas por una sociedad por la cesión del derecho de imagen del mismo en determinados supuestos, reguló de forma expresa, por primera vez, la tributación de las citadas rentas.

Al ser la única alusión expresa contenida en la ley a la tributación de los derechos de imagen, desde un principio se planteó la cuestión de si dicha calificación era la única procedente, sin perjuicio de su posible integración entre los rendimientos derivados de una actividad económica, precisión esta introducida por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre. Las dudas iniciales quedaron rápidamente superadas y hoy nadie duda de que los citados rendimientos puedan dar lugar no solo a rendimientos del capital mobiliario, sino, también, a rendimientos de actividad económica o a rendimientos del trabajo, así como, en su caso, a una renta imputada. Como en su momento escribió FALCÓN Y TELLA respecto del citado precepto «se trata de una norma meramente declarativa o aclaratoria (dado el carácter ejemplificativo de la relación en que se incluye) que se limita a reconocer la naturaleza tributaria que, en principio, corresponde a los rendimientos derivados de la explotación de los derechos de imagen; y de una norma residual, en el sentido de que no excluye que tales rendimientos deban calificarse a efectos fiscales como procedentes del trabajo (cuando los perciba directamente el trabajador de su empleador) o como empresariales»⁴.

En todo caso, conviene recordar que el concepto de rendimiento del capital contenido en el artículo 21 de la LIRPF exige que para ser calificados como tales los rendimientos deben provenir, directa o indirectamente, de elementos patrimoniales, bienes o derechos, cuya titularidad corresponda al contribuyente y no se hallen afectos a actividades económicas realizadas por este. La fuente del rendimiento debe ser, pues, la mera cesión del derecho de imagen a un tercero, cesión que no debe realizarse en el desarrollo de una actividad económica, lo que limita notablemente la existencia de este tipo de rendimientos en los casos de deportistas individuales que actúan por cuenta propia. Asimismo, habrá que prestar especial atención a los supuestos en los que el derecho de imagen se cede a un tercero con el que el deportista mantiene una relación laboral por cuenta ajena, pues, en estos casos, parte del contenido del derecho de imagen se confunde con las obligaciones asumidas en el propio contrato laboral, lo que llevará a calificar como rendimiento del trabajo los rendimientos obtenidos por dicha cesión.

⁴ «El régimen tributario de los derechos de imagen de futbolistas y deportistas», Civitas, *Revista de Derecho Deportivo*, 9, 1998, pág. 8.

2. LA EXPLOTACIÓN DE LA PROPIA IMAGEN Y LA CESIÓN DE DERECHOS DE IMAGEN COMO RENDIMIENTOS DE ACTIVIDAD ECONÓMICA

La posible calificación de los rendimientos obtenidos por la explotación o cesión de los derechos de imagen como rendimiento derivado de actividad económica se deduce claramente del artículo 25.4 d) de la LIRPF, anteriormente comentado, cuando exceptúa de los rendimientos del capital mobiliario los obtenidos por dicha cesión cuando esta tenga lugar en el ámbito de una actividad económica. Esto ocurrirá, de acuerdo con el artículo 27.1 de la LIRPF⁵, cuando el deportista, actuando por cuenta propia, lleve a cabo la ordenación de recursos materiales y humanos necesarios para la obtención de los citados rendimientos⁶. Esta es la calificación que suelen tener los rendimientos obtenidos por deportistas que compiten individualmente⁷, por ejemplo, cuando el deportista, mediante un contrato de prestación de servicios, participa en un determinado espectáculo o torneo deportivo, en cuyo ámbito le cede a la empresa prestataria el derecho a explotar la imagen derivada de su participación en el mismo.

Es, pues, exigible en estos casos una cierta actividad del sujeto más allá de la mera cesión de su imagen, pero, constatada dicha ordenación de recursos materiales y humanos necesarios, el rendimiento se calificará como derivado de actividad económica; incluso cuando se trate de deportistas que en el desarrollo de su actividad deportiva no actúen por cuenta propia, sino como empleados de un club. Así se ha venido sosteniendo por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) respecto de determinados rendimientos obtenidos por futbolistas que han cedido

⁵ El artículo 27.1 de la LIRPF considera rendimientos de actividad económica los procedentes del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, cuando supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

⁶ Para QUINTANA FERRER, E., tienen esta calificación los rendimientos derivados de «la realización con habitualidad de la actividad de vender exclusivas o ceder la imagen para la promoción de un producto comercial, y, en general, los rendimientos originados por cualquier cesión que tenga como origen una relación por cuenta propia (mercantil o civil), que suponga una cesión directa, sin intermediarios, de la imagen del deportista a otra persona o entidad que adquiere el derecho a su explotación o utilización, ya sea mediante una sociedad mercantil constituida con tal objeto, o incluso por una persona física con carácter empresarial», en «Régimen fiscal de los deportistas», *Fiscalidad del deporte*, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 202-203. Para MENÉNDEZ MORENO, «Un ejemplo puede ser el de los deportistas de los deportes individuales (tenis, boxeo, etc.), a quienes contratan (y remuneran) por hacer publicidad de un determinado producto o marca, o a quienes retribuyen para poder retransmitir por televisión sus actuaciones (en definitiva, la práctica de su deporte). Y lógicamente, deberá aplicarse esta misma calificación de rendimiento de actividad económica a cualquier persona física que explote económicamente las cualidades de su imagen (simpatía, belleza, popularidad, etc.), con las características que contempla el artículo 27.1 de la Ley 35/2006 del IRPF, que se acaban de indicar», «La calificación de los derechos de imagen de los deportistas en el IRPF», *Quincena Fiscal*, 10, 2015, pág. 3.

⁷ La Consulta de la DGT V1795/2008, de 9 de octubre, califica como rendimientos derivados de actividad económica los derivados de «la actividad de jugador profesional de golf (actividad deportiva que según el último párrafo del artículo 27.1 de la LIRPF constituye una actividad económica), la cesión del derecho a la explotación de su derecho de imagen o del consentimiento o autorización para su utilización, realizado en el ámbito de la referida actividad tendrá la consideración de rendimientos de actividades económicas». En el mismo sentido la Consulta V5193/2016, de 30 de noviembre.

su derecho de imagen a terceras empresas, obligándose a la prestación de determinados servicios: «estas actividades publicitarias de dichas marcas no obedecen a una mera cesión de la imagen del deportista, sino a una actividad más compleja, que implica su intervención activa en el rodaje de "spots" publicitarios. Ello escapa, por tanto, de la simple transmisión del derecho a la propia imagen para constituir una actividad profesional y como tal debe tributar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas»⁸, y confirmado la Audiencia Nacional⁹.

En nuestra opinión, es erróneo restringir a los deportistas que desarrollan su actividad deportiva por cuenta propia, generalmente en deportes de competiciones individuales, la posibilidad de calificar los rendimientos obtenidos por la cesión de sus derechos de imagen como derivados de actividad económica. La exigencia legal para atribuir dicha calificación a la cesión de los derechos de imagen no afecta al régimen bajo el que se desarrolla la actividad deportiva, por cuenta propia o ajena, sino a las condiciones en que se produce la citada explotación, que pueden limitarse a la mera cesión de los citados derechos o exigir una ordenación por cuenta propia de los recursos necesarios para dicha explotación. En conclusión, un deportista que desarrolla su actividad bajo la denominada relación laboral especial, puede, paralelamente, desarrollar una actividad económica en la gestión de los derechos de imagen que no se encuentren vinculados con su relación laboral, organizando al respecto los recursos humanos y materiales necesarios, en cuyo caso dichos rendimientos tendrán la calificación de rendimientos derivados de actividad económica.

⁸ Resolución de 28 de diciembre de 2005. La Resolución de 12 de febrero de 2009, en parecidos términos, declara: «el jugador queda obligado en virtud de los contratos celebrados con la entidad Nutrexpa a participar en *spots* publicitarios con otros jugadores e incluso con su propio hijo (al que representa también en la firma del contrato) y con la entidad Mizuno a usar y promocionar determinadas prendas deportivas y a toda una serie de prestaciones accesorias que conllevan la participación del jugador en actividades promocionales y publicitarias varias de la entidad. De lo anterior deriva que los ingresos obtenidos como consecuencia de las actividades que al deportista le imponen tales contratos, trascienden de la mera cesión de su imagen. Ya que el sujeto pasivo se obliga a una prestación más compleja que implica su intervención activa en el rodaje de *spots* publicitarios, y además en el caso de Mizuno, a la participación del jugador en cualquier actividad de promoción, marketing, anuncio publicitario, torneo... y acontecimientos similares que organice la entidad. Por lo que estamos, en el caso de los contratos celebrados con las entidades Mizuno y Nutrexpa ante contratos de prestación de servicios diversos, que escapan de la simple transmisión del derecho a la imagen para constituir una actividad profesional y como tal debe tributar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. [...] No así en el caso del contrato firmado con la sociedad BDDP, del que deriva la utilización de la imagen del obligado tributario en tarjetas telefónicas, lo cual encajaría en el concepto de rendimientos del capital mobiliario previsto en el artículo 37.3 g) de la Ley 18/91 y 23.4 e) de la Ley 40/98»; en el mismo sentido, *vid.*, la Resolución de 30 de marzo de 2006, todas ellas confirmadas por la Audiencia Nacional.

⁹ La SAN de 23 de abril de 2009, confirmada por la STS de 11 de octubre de 2012, declara a este respecto que: «De las propias cláusulas de los contratos deriva que estamos ante actividades que exceden con mucho de los simples derechos de imagen. En efecto, esas actividades publicitarias, de asesoramiento y otras complementarias van más allá de aquella cesión. Así el sujeto pasivo se obliga a una prestación más completa, que requiere su intervención activa como el *spot* para Nutrexpa y en el caso de Nike la amplia gama de actividades a que venía obligado, informes orales o escritos referentes a los productos Nike, apariciones anuales relacionadas con la publicidad o bien la producción de anuncios publicitarios o materiales, charlas, sesiones para la producción de anuncios televisivos o vídeos, etc., que son propios de un contrato de prestaciones de servicios y constituyen una actividad profesional y que por tal debe tributar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». La SAN de 10 de marzo de 2010, rec. núm. 68/2009, confirmada por el TS en Sentencia de 28 de febrero de 2013, rec. núm. 2773/2010, reproduce idénticos razonamientos.

3. LA CESIÓN DE LOS DERECHOS DE IMAGEN Y SU CALIFICACIÓN COMO RENDIMIENTOS DEL TRABAJO

Resulta curioso que la calificación de la retribución percibida por la cesión de los derechos de imagen como rendimiento del trabajo no resulte mencionada de manera expresa por la LIRPF, siendo en el seno de la relación laboral de los deportistas profesionales donde con mayor frecuencia se producen cesiones de los mismos. Hoy no se discute dicha posibilidad, pues, el concepto de rendimiento del trabajo que recoge el artículo 17.1 de la LIRPF es de tal amplitud que incluye percepciones de tal naturaleza: *todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria*, entre las que se incluyen, expresamente, las derivadas de relaciones laborales de carácter especial (art. 17.2 j)¹⁰. La previa calificación en el artículo 24 como rendimiento del capital mobiliario obligaría a plantearse, en el caso concreto, si los rendimientos obtenidos por la cesión de los derechos de imagen al empleador con el que se mantiene una relación laboral retribuye un elemento patrimonial, un derecho, o retribuyen el trabajo personal del titular del mismo, insertándose en la relación laboral¹¹.

La administración, desde un principio, consideró que «el contenido económico de los derechos del deportista no es separable del contrato laboral y, por tanto, forma parte de la remuneración de los servicios en que dicha relación se concreta»¹²; entendiendo así que cualquier contraprestación percibida del club con el que se mantiene la relación laboral debería calificarse como rendimientos del trabajo. Los tribunales, por su parte, han precisado dicha conclusión al considerar que, ciertamente, existen derechos de imagen íntimamente conectados con la relación laboral, respecto de los cuales «su naturaleza de rendimientos de trabajo personal no ofrece dudas a tenor del artículo 8.2 del Decreto 1006/85¹³ y artículo 32 del Convenio Colectivo de Futbolistas de 1992¹⁴ y artículo

¹⁰ El artículo 2.1 d) del Estatuto de los Trabajadores considera relación laboral de carácter especial la de los deportistas profesionales. El desarrollo del citado artículo se ha llevado a cabo por el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

¹¹ MENÉNDEZ MORENO, A., considera lógico, en estos casos, vincular los rendimientos procedentes del derecho de imagen con la actividad del contribuyente y no simplemente con la mera cesión de ese derecho, en «Los derechos de imagen en la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en *Estudios del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 632.

¹² Resolución del TEAC de 15 de diciembre de 1999, FJ 3; criterio reiterado en las Resoluciones de 15 de marzo de 2007 y 23 de octubre de 2008, entre otras.

¹³ El artículo 8.2 del Real Decreto 1006/1985 dispone que tendrán la consideración legal de salario todas las percepciones que el deportista reciba del club o entidad deportiva, bien sean en metálico o en especie, como retribución por la prestación de sus servicios profesionales; y el artículo 7.3 establece que en lo relativo a la participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen de los deportistas se estará a lo que en su caso pudiera determinarse por convenio o pacto individual, salvo en el supuesto de contratación por empresas o firmas comerciales previsto en el número 3 del artículo 1 del presente real decreto.

¹⁴ El Convenio Colectivo para la Actividad de Fútbol Profesional (BOE de 8 de diciembre de 2015), en su artículo 28, califica como concepto salarial el percibido por la utilización de la imagen, cuando el futbolista explote en su propio nombre sus derechos de imagen, por no haber sido estos cedidos temporal o indefinidamente a terceros.

24.1 y 2 de la Ley 18/91, que era la normativa vigente cuando los hechos analizados acaecidos»¹⁵. Esos derechos de imagen, íntimamente conectados con la relación laboral, se insertan en los denominados derechos de imagen colectivos, pues, como declara el Tribunal Supremo «al producirse la contratación por un Club de un futbolista profesional surge una faceta colectiva de vinculación de uno y otro, de tal forma que en ocasiones será la imagen del Club, imagen colectiva, la que alimente y desarrolle la de sus deportistas, y en otras, la imagen de un deportista puede ir en beneficio de la del Club. En todo caso, se trata de una vinculación que nace con el contrato de trabajo y que se extingue cuando cesan los efectos de este último»¹⁶; afirmando, en otra ocasión, que «El contrato laboral entre el deportista y el club incluye la cesión del derecho a la explotación de su imagen dentro del ámbito de las actuaciones deportivas en las que participe el club, pero no fuera de las mismas. El deportista es contratado para que desarrolle una relación laboral dentro del ámbito deportivo, donde su imagen va a ser difundida al público en general, es decir, se le paga para que desarrolle una actividad deportiva delante de los espectadores. Hasta aquí debe entenderse que existe una cesión del derecho de imagen dentro de la actuación deportiva para la que el jugador fue contratado por su club; el club adquirió el derecho de imagen a través del contrato federativo»¹⁷.

Existen, pues, unos derechos de imagen colectivos que son, por su propia naturaleza, de titularidad del club, una utilización de la imagen inherente, indisoluble o implícita al desempeño del trabajo¹⁸, y de la que el propio club dispone, tanto en el desarrollo de la actividad deportiva propia como en su actividad de promoción y publicidad del club —en actos tales como ruedas de prensa, presentaciones públicas, intervenciones, en forma individual o colectivamente con otros jugadores, en filmaciones, *spots* publicitarios, cinematográficos, televisivos, en prensa o radio; y a permitir su reproducción pública, etc.—, no siendo necesaria su cesión expresa mediante el contrato laboral. A ellos se añaden los derechos de imagen individuales que son privados, personales del deportista, cuya titularidad pertenece única y exclusivamente al mismo y que pueden ser, asimismo, cedidos al club mediante cláusulas expresas insertas en el contrato de trabajo, y que, en tal caso, deberán calificarse, asimismo, como rendimientos del trabajo personal¹⁹.

¹⁵ STS de 1 de julio de 2008, rec. núm. 5296/2002, FD undécimo.

¹⁶ STS de 25 de junio de 2008, rec. núm. 4560/2003, FD quinto.

¹⁷ STS de 10 de julio de 2008, rec. núm. 3770/2003, FD cuarto.

¹⁸ *Vid.*, en este sentido, SÁNCHEZ PINO, A. J.: «La tributación de los deportistas en el IRPF», en *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Homenaje al profesor Dr. D. Juan Calero*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2016, pág. 338; QUINTANA FERRER, E.: «Régimen fiscal de los deportistas», en *Fiscalidad del Deporte*, *op. cit.*, pág. 198; RODRÍGUEZ LOSADA, S.: «Al hilo de los derechos de imagen de deportistas profesionales: calificación de estas rentas desde la perspectiva interna e internacional», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 27, 2009, pág. 7; FALCÓN Y TELLA, R.: «La STS 1 julio 2008 y la retribución de los derechos de imagen de deportistas profesionales», *Quincena Fiscal*, 19, 2008, pág. 1; RELEA SARABIA, A.: *El régimen jurídico tributario de las retribuciones de los futbolistas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 242-243.

¹⁹ Esta distinción entre derechos de imagen colectivos e individuales se encuentra expresamente recogida en el Convenio colectivo de trabajo entre la Asociación de Clubes de Baloncesto (ACB) y la Asociación de Baloncestistas Profesionales (ABP), en cuyo anexo III, bajo el título «Régimen de Explotación de los Derechos de Imagen», define los dere-

Estos derechos de imagen íntimamente unidos a la relación laboral (así como los individuales expresamente cedidos al club) no pueden ser objeto de cesión a terceros distintos del club, en tanto que ya son titularidad de este, pues, como el Tribunal Supremo ha declarado, no puede cederse «la especial situación de vinculación entre el mismo y el Club que nace del contrato de trabajo y que se rige exclusivamente por lo dispuesto en el mismo»²⁰. Como consecuencia de la intransmisibilidad de tales derechos de imagen, el Tribunal Supremo ante contratos en los que se cedían los mismos, y para situaciones anteriores a 1997, año en que se introduce el nuevo régimen de imputación de rentas, recurre al principio de calificación del artículo 28.2 de la Ley General Tributaria, para, en atención a su verdadera naturaleza jurídica, recalificar el contrato como cesión del crédito laboral por la contraprestación debida por el club como concepto retributivo de carácter salarial, y calificar como rendimiento del trabajo obtenido por el deportista las cantidades satisfechas a la sociedad cesionaria²¹. En nuestra opinión, este criterio sigue siendo de aplicación para situaciones posteriores a 1996, año en que se regula el nuevo régimen de imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen, pues, las situaciones a las que el mismo se refiere presuponen que el jugador ostenta la titularidad de los derechos de imagen que pretende ceder a un tercero, cosa que no ocurre respecto de los que, por estar vinculados a la relación laboral, son titularidad del club²².

chos colectivos –«Son aquellos en los que la imagen del jugador aparece relacionada con el equipo al que pertenece en competición oficial, vistiendo la indumentaria del mismo, o cuando participe en actos públicos organizados por el club o SAD o por la ACB»–; y los derechos individuales –Son aquellos que se refieren directamente a la imagen del jugador como persona (su intimidad) o a su imagen como deportista en general (es decir, vistiendo deportivamente y apareciendo ante el público fuera del horario laboral, siempre y cuando no lleve los distintivos e indumentaria del club o SAD con el que tiene suscrito contrato, ni cualquier otra que pueda provocar confusión con aquellos– añadiendo en su artículo 3.1 que «corresponderá en exclusiva a cada jugador, de forma individual, la explotación de su imagen como persona (intimidad) así como la de deportista en general, siempre y cuando no lleve la indumentaria oficial del club o SAD a que pertenezca, o bien otra que pudiera confundirse con esta».

²⁰ STS de 25 de junio de 2008, rec. núm. 4560/2003, FD quinto.

²¹ STS de 25 de junio de 2008, rec. núm. 4560/2003; de 26 de noviembre de 2009, rec. núm. 1278/2004; de 28 de enero de 2011, rec. núm. 4201/2007; de 26 de noviembre de 2012, rec. núm. 4301/2011. La SAN de 3 de febrero de 2010, rec. núm. 35/2009, recoge las siguientes consideraciones: «basta examinar los contratos suscritos entre los jugadores, el Club y las sociedades, para advertir que los derechos que se otorgan por la sociedad al Club, (en esencia, a que el jugador sea fotografiado, filmado, grabado en todas las actuaciones o partidos oficiales en las que intervenga con la Unión Deportiva Salamanca), coinciden sustancialmente con las obligaciones que se derivaban para el jugador del contrato laboral celebrado, estableciéndose de modo expreso que la cesión de los derechos de imagen objeto del contrato, está en todo caso vinculada con la relación laboral entre Unión Deportiva Salamanca, S.A.D. y el jugador, de tal forma que resuelta esta, se extinguirá también el contrato de cesión de los derechos de imagen.

En definitiva, ha de entenderse que las cantidades satisfechas por la cesión de los derechos de explotación de imagen, en cuanto son consecuencia de la actividad laboral principal del jugador, se incorporan al concepto de salario que recoge el art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, y desde la perspectiva fiscal el rendimiento obtenido tiene la consideración de rendimiento del trabajo, sometido al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas» (FJ octavo).

²² En este sentido se ha pronunciado SÁNCHEZ PINO, quien afirma que «si la cesión de los derechos de imagen se ha producido en el marco del contrato de trabajo, la posterior designación de un tercero para el cobro de dichas cantidades, no evita la calificación de la renta como rendimiento del trabajo», «La tributación de los deportistas en el IRPF», *op. cit.*, pág. 339.

Pero junto a esos derechos de imagen íntimamente unidos a la relación laboral, hay que reconocer, como hemos advertido anteriormente, la existencia de posibles derechos de imagen desconectados de la misma, «derecho de imagen individual» en palabras del Tribunal Supremo, de los que, si no han sido cedidos al club en el contrato de trabajo, su titular puede disponer en el modo que le convenga, pues ninguna relación tienen con ella. Esta disociación de los derechos de imagen ha sido admitida de forma expresa en la Sentencia de 13 de marzo de 2012, «considerando rendimientos derivados de la relación laboral las cantidades obtenidas por la cesión de los derechos de imagen al Club, y que tributarán como rendimientos de trabajo personal, y por otra parte las derivadas de la cesión a terceras personas o entidades de los derechos de imagen del profesional no referidos a su actividad profesional, que tributarían como rendimientos de capital mobiliario»²³. En su Sentencia de 10 de julio de 2008, el mismo tribunal ya mantenía esta disociación al afirmar que «el contenido económico de los derechos de imagen del deportista es separable del contrato laboral; cuando se firma el contrato para jugar en un club se puede entender implícita la cesión de la imagen "en actuaciones deportivas" pero no fuera de dichos eventos», y añadía la posibilidad de que estos derechos individuales sobre su imagen «puede cederla a su club, al margen de su relación laboral, por sí, a través de la firma de un contrato independiente, o a través de sociedad interpuesta»²⁴, afirmando que «es posible la cesión autónoma de su derecho de imagen por parte del deportista al club donde presta su relación laboral, ya que no es un derecho que se haya adquirido directamente en virtud del contrato laboral»²⁵. Parecidos pronunciamientos se han producido en la jurisdicción social, cuando se declara que «Hay en estos casos una perfecta unidad de negocio jurídico, que vincula el ejercicio profesional del deporte con la imagen, y que hace que la explotación de esta discurra en paralelo con el desarrollo de la propia profesión; desarrollo este que,

²³ STS de 13 de marzo de 2012, rec. núm. 4559/2008, FD segundo.

²⁴ STS de 10 de julio de 2008, rec. núm. 3770/2003, FD tercero. En parecidos términos se pronunció en la Sentencia de 25 de junio de 2008, rec. núm. 3544/2003, cuando afirmó que «el contrato federativo no autoriza la utilización del nombre y la imagen del futbolista por parte del club fuera de los eventos deportivos propiamente dichos, por lo que existe la posibilidad de una explotación de la imagen al margen del ámbito laboral, que puede hacerse bien al Club, bien a otra entidad, por lo que la calificación de las rentas como rendimientos del trabajo o procedentes de la explotación de un derecho de imagen dependerá de las circunstancias de cada caso concreto» (FD tercero); doctrina reiterada en la SAN de 3 de febrero de 2010, rec. núm. 35/2009, y de 24 de marzo de 2010, rec. núm. 39/2009.

²⁵ RELEA SARABIA afirma, en este sentido, que «las cesiones de la imagen instrumentadas mediante contratos de naturaleza civil o mercantil en los que no se pacta trabajo alguno a cargo del deportista, sino solo la cesión de su imagen o el consentimiento para su utilización por el club, generarán rendimientos del capital mobiliario. Me refiero fundamentalmente a contratos mediante los que el club comercializa todo tipo de prendas con el nombre o la imagen física de sus jugadores, tanto deportivas (camisetas, chándalls, etc.), como extradeportivas (corbatas, pañuelos, etc.), e igualmente una variada índole de objetos de diversa utilidad sobre los que también se imprime la imagen del jugador», en *El régimen jurídico tributario de las retribuciones de los futbolistas*, op. cit., págs. 275-276; también PLAZA DE DIEGO, en la misma línea, cita la utilización comercial de la imagen de los deportistas a través de la actividad de *merchandising* efectuada por los clubes con los que mantiene una relación laboral por cuenta ajena, cuando dicha utilización no venga impuesta por el convenio colectivo que resulte aplicable, *Fiscalidad del derecho a la propia imagen. Especial referencia a los deportistas profesionales*, IEF, Madrid, 2005, pág. 165. En el mismo sentido, *vid.*, BANACLOCHE PALAO, C.: «Tributación de las cantidades satisfechas por los clubes de fútbol a las sociedades cesionarias de los derechos de imagen de los deportistas», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 17, 2006, págs. 5-6.

a su vez, solo cabe a través del contrato con el club de fútbol. Así lo contempla la reglamentación de la relación laboral especial y en tal sentido lo normativiza el convenio colectivo, exceptuando una y otro aquellos casos en que falle ese paralelismo, lo que sucederá precisamente cuando el negocio jurídico por el que se cede la explotación de la imagen no está indisolublemente ligado a la práctica de la profesión deportiva para el mismo cesionario –tal sería el caso, por ejemplo, de la explotación de la imagen por marcas comerciales con las que el jugador pacte directamente–. En este segundo caso la cesión de derechos, al estar desvinculada de la prestación laboral, revestirá naturaleza civil, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.526 y ss. del Código Civil»²⁶.

La calificación de las rentas como rendimientos del trabajo o procedentes de la explotación de un derecho de imagen dependerá, pues, de las circunstancias de cada caso concreto²⁷, de forma que en los supuestos en los que la retribución percibida no trae causa de la relación laboral, su calificación a efectos tributarios no será la de rendimientos del trabajo personal, sino la de rendimientos del capital mobiliario o de actividad económica, incluso cuando el cesionario sea el propio empleador, pues, el concepto de rendimiento del trabajo no se construye sobre la cualidad de quien satisface la renta, sino sobre la naturaleza de la relación que origina el mismo²⁸.

Como apuntábamos anteriormente, son estos derechos de imagen, no vinculados con la relación laboral del deportista, los que podrán ser objeto de cesión para su explotación por un tercero, que, a su vez, podrán ser cedidos por este a la entidad empleadora, y a los que les resultaría aplicable el régimen de imputación de rentas del artículo 92 de la LIRPF.

²⁶ STS de 26 de noviembre de 2012, rec. núm. 4301/2011, FD quinto.

²⁷ Así se declara en la Sentencia de 25 de junio de 2008, rec. núm. 3544/2003, FD tercero.

²⁸ En este sentido se ha manifestado ORTIZ CALLE, E., quien afirma que «el jugador tiene derechos sobre su imagen y nada impide que pueda cederlos a su Club al margen de su relación laboral, por sí mismos, a través de la firma de un contrato independiente o a través de sociedad interpuesta», en «Las rentas derivadas de la cesión de derechos de imagen de los deportistas profesionales: su discutida calificación Jurídico-Tributaria», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entrenamiento*, 26, 2009, pág. 12. También HERNÁNDEZ GALANTE, J., considera que, «las rentas deberían tener esta categoría (la de rendimientos de actividad económica) independientemente de que los derechos se cedan directamente al club para el que se prestan los servicios deportivos, quien puede explotar la imagen del jugador de forma independiente al rendimiento y al trabajo exclusivamente deportivo», en «Fiscalidad de artistas y deportistas. Aspectos internacionales», en *Fiscalidad Internacional*, Fernando SERRANO ANTÓN (coord.), vol. 1, 5.ª ed., CEF, Madrid, 2013, pág. 952; RELEA SARABIA, en esta línea, escribe que «se precisa, por tanto, analizar separadamente para cada una de las manifestaciones del empleo de la imagen cual es la fuente contractual que genera las correlativas obligaciones recíprocas, sin que [...] sea posible generalizar y así entender ni que todas las manifestaciones de utilización de la imagen resultan innatas al contrato laboral, ni que todas requieren el consentimiento previo en la cesión de la imagen mediante otro contrato mercantil o civil celebrado con el jugador, autónomo del laboral», en *El régimen jurídico tributario de las retribuciones de los futbolistas*, op. cit., pág. 245; en el mismo sentido, PLAZA DE DIEGO, M. A.: *Fiscalidad del derecho a la propia imagen. Especial referencia a los deportistas profesionales*, op. cit., 2005, pág. 162.

No obstante, algunos autores, como FALCÓN Y TELLA, han sostenido que aun cuando la cesión del derecho de imagen al empleador se haga al margen de la relación laboral, la retribución obtenida habría de considerarse rendimiento del trabajo a efectos del IRPF, pues, para ello, basta con que se trate de una percepción entregada al trabajador directamente por el empresario, aunque sea al margen del contrato de trabajo, aunque, a continuación exige que exista cierta relación con este, aunque sea indirecta, «El régimen tributario de los derechos de imagen de futbolistas y deportistas», op. cit., pág. 6.

III. LA INTERPOSICIÓN DE SOCIEDADES COMO MECANISMO PARA LA OBTENCIÓN DE LOS RENDIMIENTOS DERIVADOS DE LA CESIÓN DEL DERECHO DE IMAGEN

El principal objetivo perseguido con la interposición de sociedades a las que se ceden los derechos de imagen del deportista para su explotación por parte de dichas entidades es, como hemos señalado anteriormente, el de eludir la progresividad del IRPF, al tiempo que se difiere el pago de la diferencia resultante entre la cuota derivada del tipo fijo del impuesto sobre sociedades (IS) y el tipo marginal del IRPF hasta el momento en que la sociedad decida repartir el beneficio entre sus socios. En un primer momento –con independencia de que en algunos supuestos hubiese resultado aplicable el régimen de transparencia fiscal previsto para ciertas sociedades en las que más del 50% de sus ingresos del ejercicio procediesen de actuaciones artísticas o deportivas de personas físicas, o de cualquier otra actividad relacionada con artistas o deportistas, suprimido en 2002– como hemos visto en el apartado anterior, la administración reaccionó, en los casos en los que la sociedad cesionaria de los derechos de imagen los cedía a su vez al club con el que el deportista mantenía una relación laboral, recalificando dichas rentas e imputándoselas a este último como rendimientos del trabajo, criterio que fue ratificado tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo, y bajo el cual latía la clara sospecha de que se trataba de supuestos de simulación, aunque no siempre se declaraba expresamente la misma. En la práctica totalidad de los casos que llegaron a los tribunales aparecía una modificación de las relaciones contractuales entre el club y el deportista, de forma que junto al nuevo contrato laboral con unas retribuciones sustancialmente inferiores a las que se venían percibiendo, aparecía un segundo contrato entre una sociedad, normalmente propiedad del jugador o familiares próximos, a la que el club adquiría los derechos de imagen del jugador por una cantidad que incluía la rebaja producida en el contrato laboral, a lo que se unía el hecho de que, normalmente, el precio por el que se cedían los derechos de imagen por parte del jugador a la sociedad por él controlada no existía o era meramente simbólico, además de la carencia de infraestructura y ausencia de actividad de explotación de los citados derechos por parte de la sociedad que los había adquirido, que se limitaba a la percepción de los rendimientos, sociedad que, frecuentemente, se encontraba domiciliada en un paraíso fiscal o territorio de baja o nula tributación.

A esta situación es a la que se trató de hacer frente a partir de 1996 por parte del legislador con la regulación del nuevo régimen de imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen, que analizamos a continuación.

1. EL RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN DE RENTAS POR LA CESIÓN DE DERECHOS DE IMAGEN

Fue en 1996 cuando el legislador decidió acabar con la elevada conflictividad que la anterior regulación producía, y con la finalidad antielusiva descrita, introdujo a través de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, un nuevo régimen de imputación de rentas por cesión de derechos de imagen que, con ligeros retoques, ha permanecido hasta el actual artículo 92 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

De acuerdo con este régimen, los contribuyentes del IRPF imputarán en su base imponible las cantidades satisfechas por la entidad con la que mantienen una relación laboral por la adquisición de los derechos de imagen del mismo, cuando concurren los cuatro requisitos siguientes:

- a) Que hubieran cedido el derecho a la explotación de su imagen o hubiesen consentido o autorizado su utilización a otra persona o entidad (primera cesionaria), residente o no residente. A efectos de lo dispuesto en este párrafo, será indiferente que la cesión, consentimiento o autorización hubiese tenido lugar cuando la persona física no fuese contribuyente por el IRPF.
- b) Que presten sus servicios a una persona o entidad en el ámbito de una relación laboral.
- c) Que la persona o entidad con la que el contribuyente mantenga la relación laboral, o cualquier otra persona o entidad vinculada con ellas en los términos del artículo 16 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (en la actualidad, art. 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, de la Ley del impuesto sobre sociedades [LIS]), haya obtenido, mediante actos concertados con personas o entidades residentes o no residentes la cesión del derecho a la explotación o el consentimiento o autorización para la utilización de la imagen de la persona física (normalmente, segunda cesionaria).
- d) Que los rendimientos del trabajo obtenidos en el periodo impositivo por el contribuyente en virtud de la relación laboral sean inferiores al 85 % de la suma de los citados rendimientos más la total contraprestación a cargo de la persona o entidad a que se refiere la letra c) anterior por los actos allí señalados.

De estos requisitos conviene destacar los siguientes aspectos. En primer lugar, el hecho de que para que proceda su aplicación no se exige ningún tipo de vinculación entre el contribuyente, titular de los derechos de imagen y la entidad, primera cesionaria, a quien se ceden, ni, en su caso, con otras entidades posibles adquirentes de los derechos, antes de su cesión a la entidad con la que mantiene una relación laboral. Esto diferencia sustancialmente este régimen del de transparencia fiscal, que descansa, como es sabido, en una determinada vinculación entre el socio al que se imputa la renta y la sociedad que la obtiene.

En segundo lugar, hay que destacar su aplicación también cuando la cesión de los derechos se efectúe a una entidad no residente, lo que, en algunos casos, podría producir imputación de rentas al contribuyente residente por dos vías, la del régimen de imputación de rentas del artículo 92 y la del régimen de transparencia internacional del artículo 91, cuya última modificación incluye entre las rentas susceptibles de imputación las rentas positivas derivadas de los derechos de imagen²⁹, tal y como explicamos en el apartado siguiente. La única limitación que se esta-

²⁹ Modificación realizada por el artículo 1.58 de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre.

blece es que no será objeto de imputación la renta procedente de derechos de imagen que deba imputarse conforme a lo dispuesto en el artículo 92 de esta ley, lo que obligará a diferenciar las rentas obtenidas por la sociedad transparente de la entidad con la que el contribuyente mantiene la relación laboral de las obtenidas procedentes de otras entidades.

En tercer lugar, para que proceda la imputación de las rentas estas deben proceder de pagos efectuados por la entidad con la que el titular de los derechos de imagen mantenga una relación laboral (o cualquier otra persona o entidad vinculada con ellas en los términos del art. 18 de la LIS)³⁰, y siempre que la cuantía satisfecha por dicha adquisición supere el 15% de la suma de los rendimientos del trabajo obtenidos en el periodo impositivo por el deportista más la cantidad satisfecha por la adquisición de sus derechos de imagen.

La renta a imputar, de acuerdo con el apartado 3, será el valor de la contraprestación satisfecha por la entidad con la que el contribuyente mantiene la relación laboral minorada en el valor de la contraprestación obtenida por la persona física como consecuencia de la cesión, consentimiento o autorización de la utilización de su imagen, siempre que la misma se hubiera obtenido en un periodo impositivo en el que la persona física titular de la imagen sea contribuyente por este impuesto. Esta minoración responde al hecho de que tales cantidades ya están sometidas a tributación en el IRPF del contribuyente como rendimientos del capital mobiliario o de actividad económica³¹. Asimismo, el citado apartado 3 añade que la renta imputada se incrementará en el importe del ingreso a cuenta a que se refiere el apartado 8. Dicha renta, de acuerdo con el apartado 5, se integrará en la base imponible general.

Con el objetivo de evitar situaciones de doble imposición, el apartado 6 establece una serie de medidas dirigidas a los socios de la primera cesionaria, los cuales no tributarán por los dividendos o participaciones en beneficios distribuidos por esta en la parte que corresponda a la cuantía que haya sido imputada al contribuyente titular de los derechos de imagen, dividendos que tampoco darán derecho a la deducción por doble imposición internacional.

Con la finalidad de corregir la doble imposición como consecuencia de la tributación de las rentas imputadas en sede de la entidad, primera cesionaria de los derechos, tanto en España

³⁰ Con la finalidad de intentar eludir la aplicación del régimen de imputación de rentas se ha recurrido, en algunos casos, al diseño de esquemas cuadrangulares, de forma que quien adquiere los derechos de imagen del jugador no es el club con el que mantiene una relación laboral, sino una tercera empresa, ajena al mismo, en los casos detectados por la administración una cadena de televisión, que, a cambio, disminuye los pagos realizados al club por las retransmisiones de los partidos. En tales supuestos, tanto la administración como los tribunales han rechazado tales esquemas con base en la recalificación de los pagos realizados por la cadena de televisión a las entidades cedentes de los derechos de imagen como simple mediación, y concluyendo la aplicación en tales casos del régimen que se trataba de eludir; *vid.* SSAN de 10 de marzo de 2010, rec. núm. 28/2009; de 4 de junio de 2008, rec. núm. 71/2006; y de 5 de marzo de 2008, rec. núm. 96/2006, todas ellas confirmadas por el Tribunal Supremo.

³¹ La norma no prevé, sin embargo, minorar la renta imputada en las cantidades obtenidas por el deportista por la cesión de sus derechos de imagen cuando aún no era residente, lo que puede responder a que, en tales casos, es el país de la residencia el que está obligado a adoptar las medidas oportunas para evitar la doble imposición.

(si es residente), por el IS o por el impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR), como en el extranjero (si es no residente)³² –apartados a), b) y c)–; o como consecuencia de la previa tributación por la propia persona física, titular de los derechos, por los rendimientos obtenidos por su cesión –apartados d) y e)–; el apartado 4 permite la deducción de la cuota líquida del IRPF del contribuyente de las cantidades pagadas, aun cuando los impuestos correspondan a periodos impositivos distintos a aquel en el que se realizó la imputación³³. Estas deducciones no podrán exceder, en su conjunto, de la cuota íntegra que corresponda satisfacer en España por la renta imputada en la base imponible.

En cuanto al periodo impositivo en que debe efectuarse la imputación de las rentas, el apartado 5 establece que se realizará en aquel en el que el empleador (normalmente, segunda cesionaria) efectúe el pago o satisfaga la contraprestación acordada, salvo que por dicho periodo impositivo la persona física no fuese contribuyente por este impuesto, en cuyo caso la inclusión deberá efectuarse en el primero³⁴ o en el último³⁵ periodo impositivo por el que deba tributar por este impuesto, según los casos.

³² Es de destacar que no se prevé la deducción del IRNR soportado por la entidad no residente con motivo de la cesión de los derechos de imagen a la entidad empleadora que, con ocasión del pago por dicha adquisición, deberá efectuar, en su caso, la oportuna retención, lo que puede responder a que, normalmente, la posible doble imposición se corrige por la propia entidad no residente mediante la aplicación de la correspondiente medida para evitar la doble imposición internacional prevista en su país de residencia. Sobre esta cuestión *vid.* SAN de 31 de marzo de 2010, rec. núm. 15/2009.

³³ En concreto, este apartado establece la deducción de la cuota líquida del IRPF de las siguientes cantidades:

- a) El impuesto o impuestos de naturaleza idéntica o similar al IRPF o IS que, satisfecho en el extranjero por la persona o entidad no residente primera cesionaria, corresponda a la parte de la renta neta derivada de la cuantía que debe incluir en su base imponible.
- b) El IRPF o el IS que, satisfecho en España por la persona o entidad residente primera cesionaria, corresponda a la parte de la renta neta derivada de la cuantía que debe incluir en su base imponible.
- c) El impuesto o gravamen efectivamente satisfecho en el extranjero por razón de la distribución de los dividendos o participaciones en beneficios distribuidos por la primera cesionaria, sea conforme a un convenio para evitar la doble imposición o de acuerdo con la legislación interna del país o territorio de que se trate, en la parte que corresponda a la cuantía incluida en la base imponible.
- d) El impuesto satisfecho en España, cuando la persona física no sea residente, que corresponda a la contraprestación obtenida por la persona física como consecuencia de la primera cesión del derecho a la explotación de su imagen o del consentimiento o autorización para su utilización.
- e) El impuesto o impuestos de naturaleza idéntica o similar al IRPF satisfecho en el extranjero, que corresponda a la contraprestación obtenida por la persona física como consecuencia de la primera cesión del derecho a la explotación de su imagen o del consentimiento o autorización para su utilización.

³⁴ El primer periodo en el que adquiera la condición de contribuyente normalmente será el siguiente a aquel en el que se ha efectuado el pago por la adquisición de los derechos de imagen, aunque podría darse el caso en que no fuese así, por lo que podrían transcurrir varios años entre el momento del pago por la adquisición de dichos derechos y la imputación de la renta a su titular; *vid.* RODRÍGUEZ SANTOS, F. J.: «Los derechos de imagen en el nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *CT*, 89, 1999, pág. 106.

³⁵ Se trataría del supuesto en el que el deportista pierde la condición de contribuyente en el año en que se producen los pagos por la adquisición de los derechos, debiendo imputarse la renta al periodo impositivo anterior.

No se pueden finalizar los comentarios a este régimen sin incluir una referencia a las dudas sobre su constitucionalidad, puestas de manifiesto por un destacado sector de la doctrina, con argumentos que, en general, compartimos. Así se manifestó FALCÓN Y TELLA, uno de los primeros en cuestionarlo, para quien el régimen «supone atribuir automáticamente al titular de la imagen unas rentas que este puede no llegar a percibir nunca, porque ha cedido su imagen a un tercero, lo que podría reputarse incompatible con el principio de tributación individual inherente a la capacidad contributiva [...] todo el sistema resulta dudosamente compatible con la Constitución, si lo que se busca es simplemente la tributación efectiva por la renta mundial de los residentes, y no hacer tributar a una persona por la renta que obtienen otras distintas»³⁶.

No obstante, las citadas dudas de constitucionalidad, cuando se han planteado ante la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo, han sido rechazadas con argumentos que no terminan de despejarlas totalmente. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012 se declara que «en el caso que nos ocupa, al igual que el de cualquier fórmula de transparencia fiscal, resulta que la renta gravada se imputa a una persona distinta de su perceptor formal. Y respecto de estos supuestos el Tribunal Constitucional se ha mostrado favorable a esa clase de mecanismos en su Sentencia 214/94, de 14 de julio, en la que se resolvió la constitucionalidad de la Ley del IRPF de 1991. El Tribunal Constitucional manifestaba que la imputación a los socios no era tanto un corolario del principio de capacidad económica, cuanto una técnica establecida por el legislador para reaccionar contra los efectos resultantes de la interposición de sociedades instrumentales, obstaculizando en concreto la creación de las citadas entidades destinadas a retener beneficios. Aunque existen diferencias entre uno y otro régimen de imputación, la experiencia constata que las personas o entidades cesionarias de los derechos de imagen son normalmente de favor o de conveniencia. Ahora bien, cuando ello no se produzca así, y exista un negocio entre partes independientes y se pruebe por ambos, no habrá lugar a tal imputación, por lo que no se verá infringido el principio de capacidad contributiva. Por otra parte, tampoco se aprecia la discriminación entre los deportistas con relación laboral y otros titulares de derechos de imagen, si se parte de que ambos casos estarían sujetos a tributación»³⁷. Inmediatamente después, en la Sentencia de 16 de abril de 2012, declara que «La presunción *ex lege* en la atribución de los rendimientos al futbolista, como decíamos, no solo no es contraria al artículo 31.1 de la Constitución, sino que responde al principio de capacidad económica y contributiva del sujeto pasivo y a un sistema fiscal justo»³⁸.

³⁶ «El régimen tributario de los derechos de imagen de futbolistas y deportistas», *op. cit.*, pág. 12. Del mismo autor, *vid.* «La posible inconstitucionalidad del régimen de imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen», *Quincena Fiscal*, 10, 2000, págs. 6 y ss. También han expresado sus dudas, con parecidos razonamientos, HERRERA MOLINA, P. M.: «Rentas imputadas por derechos de imagen (problemas constitucionales y de carácter internacional)», *Revista Técnica Tributaria*, 54, 2001, págs. 63 y ss.; TOVILLAS MORÁN, J. M.: *El tratamiento tributario del derecho de imagen*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 218; CAZORLA PRIETO y CORCUERA TORRES: *Los impuestos del Deporte*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 246; MERINO JARA, I.: «Tributación de los derechos de imagen», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, 1999, pág. 84; entre otros.

³⁷ STS de 28 de marzo de 2012, rec. núm. 2896/2008, FD décimo. Las mismas consideraciones se reproducen en la Sentencia de 28 de febrero de 2013, rec. núm. 2773/2010.

³⁸ STS 16 de abril de 2012, rec. núm. 2659/2008, FD tercero.

Sin embargo, y al margen de la improcedencia de equiparar el régimen de imputación de derechos de imagen con la anterior transparencia fiscal, en la que la renta obtenida por la sociedad se imputa a los socios, es decir, a sujetos directamente relacionados con el titular de la renta, mientras que aquí la imputación no requiere ninguna relación con la entidad que obtiene la renta, la cual puede no llegar a percibir nunca³⁹, en los casos analizados por el tribunal, este alude en apoyo de sus conclusiones al caso concreto objeto del recurso para poner de manifiesto la existencia de un mecanismo elusivo que justifica la aplicación del régimen, llegando incluso a afirmar que cuando las personas o entidades cesionarias de los derechos de imagen no sean «de favor o conveniencia», y «exista un negocio entre partes independientes y se pruebe por ambos, no habrá lugar a tal imputación, por lo que no se verá infringido el principio de capacidad contributiva». Desde luego, de ser así, ello supondría una reinterpretación del texto del artículo 92 que, de contener alguna presunción, es claramente una presunción *iuris et de iure*.

Asimismo, debemos hacer una mención a las objeciones planteadas por algunos autores en relación con la compatibilidad del régimen de imputación de rentas y los criterios de reparto de la potestad tributaria contenidos en los CDI, aun constanding, de manera expresa en el apartado 7, que lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales⁴⁰.

En nuestra opinión, no existe incompatibilidad alguna, pues, un CDI solo entra en juego cuando nos encontramos con un residente de un Estado que obtiene rentas en otro, lo que no ocurre en relación con la obligación de imputar al residente una renta establecida por el Estado de la residencia, aunque dichas rentas no se hayan percibido realmente por el mismo, que como tales se consideran rentas obtenidas en el Estado de la residencia⁴¹. De hecho, la práctica totalidad de los casos que han llegado a los tribunales contemplan supuestos en los que se aplica el régimen de imputación de rentas por cesión de derechos de imagen en presencia de una sociedad residente en otro Estado con el que existe CDI en vigor. Todo ello sin perjuicio de que sí prevalezca lo dispuesto en un

³⁹ Como reconoce expresamente el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de marzo de 2012, rec. núm. 2896/2008, «procederá la imputación siempre que una persona física –el deportista profesional– cobre derechos de imagen satisfechos por otra persona o entidad con la que mantiene una relación laboral; pero tal cobro no se produce directamente, sino a través de otra persona o entidad a la que ha cedido previamente la explotación de aquellos. Y es irrelevante cuál sea el porcentaje de participación en la sociedad, el objeto de tal sociedad cesionaria, la composición de sus ingresos o de su accionariado, el lugar de su establecimiento e incluso que sea o no transparente. Todos estos son datos que carecen de relevancia, porque lo único que importa es que el contribuyente mantenga una relación laboral con una entidad y una relación mercantil con otra a la que cede la explotación de su imagen y que el triángulo se cierre contratando la primera sociedad con la segunda la cesión de tales derechos» (FD undécimo).

⁴⁰ Vid. CORDERO SAAVEDRA, L.: «Las rentas por cesión de derechos de imagen. Calificación en el derecho interno y en los convenios para evitar la doble imposición», *RDFHP*, 264, 2002, pág. 445. ALMUDÍ CID, J. M. y SERRANO ANTÓN, F. manifiestan al respecto que, en los casos en los que la cláusula del artículo 17.2 del MCOEDE no exista, España solo puede proceder a gravar los rendimientos que hayan sido cobrados por el artista o deportista de la sociedad interpuesta, y ello a pesar de la interpretación dinámica que prevé la aplicación de la cláusula antiabuso aun cuando no se haya previsto en un CDI en particular, «La fiscalidad internacional de los artistas y deportistas: especial referencia al artículo 17 del MCOEDE», *Revista Jurídica del Deporte*, 13, 2005, pág. 267.

⁴¹ En este sentido, vid. PLAZA DE DIEGO, M. A.: *Fiscalidad del derecho a la propia imagen*, op. cit., pág. 171.

CDI en relación con la tributación de los pagos efectuados por la entidad segunda cesionaria a la primera si esta fuese no residente. Solo en aquellos casos, improbables en los supuestos contemplados por el artículo 92, en los que la adquisición del derecho de imagen pudiese vincularse a una concreta actuación del deportista en otro país con el que España tuviese suscrito un CDI, cabría, en los términos descritos más adelante, proceder a la aplicación de la regla contenida en el artículo 17.2 del Modelo de Convenio de la OCDE (MCOUDE); lo que no implicaría incompatibilidad alguna, sino, en su caso, la tributación adicional del deportista en el país de la actuación por las cantidades percibidas por los derechos de imagen vinculados a dicha actuación, correspondiendo a España corregir la doble imposición producida mediante la correspondiente medida en el IRPF.

Para finalizar este epígrafe debemos hacer referencia al intento de eludir el régimen de imputación analizado mediante la formalización de contratos de licencia de marca⁴², dada la posibilidad de que los nombres de los jugadores puedan ser constitutivos de una marca, por lo que cuando el club vende productos en los que se inserta el nombre de aquellos, estaría haciendo una utilización de la marca⁴³. Tanto la administración⁴⁴ como los tribunales han reconducido en estos casos la licencia de marca a los contratos de imagen y consecuentemente al tratamiento fiscal de estos últimos. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2007⁴⁵, con consideraciones reiteradas en la de 23 de abril de 2009⁴⁶, comparte las afirmaciones de la Resolución del TEAC de 20 de noviembre

⁴² Cfr. JIMÉNEZ COMPAIRED, I.: *El régimen tributario de la explotación comercial de la propia imagen*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 32.

⁴³ La posibilidad de que el nombre o imagen de un jugador pueda ser constitutivo de marcas se encuentra expresamente recogido en el artículo 2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas.

⁴⁴ La Resolución del TEAC de 20 de noviembre de 2003 cita el Dictamen del Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria, de 30 de marzo de 2001, sobre el tratamiento que deba darse a los contratos de licencia comercial de marca suscritos por un club de fútbol con la sociedad a la que el jugador ha aportado o cedido la marca con su nombre e imagen, acogiendo el criterio sostenido en el mismo. En dicho dictamen se expone que las relaciones de un jugador con su club están definidas como de carácter puramente laboral, de manera que no pueden conceptuarse como relaciones entre empresarios o en el marco de empresarios y consumidores, ni como relaciones «cosificadas» o de propiedad comercial o industrial. Es decir que las actividades del jugador no son un producto o un servicio autónomo e independiente de su propia significación humana, como persona, que haya que diferenciar de otros «productos» en el mercado. Dice el informe que los jugadores y sus actividades no constituyen meros objetos que «produce», «desarrolla» o «fabrica» un club y cuyo destino es el consumo por terceros, son por el contrario personas, su fuerza de trabajo, sus trabajadores y concluye que «hoy en día para el derecho español, el jugador para su club no es ni una propiedad (industrial)» susceptible de explotación comercial ni el objeto de sus actividades; es la persona que con su trabajo personal hace posible que el club desarrolle el objeto que constituye la razón de su existencia. A partir de lo anterior, extrae la conclusión de que «el jugador no tiene respecto de su club posición jurídica o vinculación tal que permita acudir a un instrumento de tutela de intereses como son las marcas. Ninguna de las funciones que justifican la existencia jurídica de las marcas, entendidas como la ordenación jurídica de una determinada realidad específica, se dan en la relación entre el futbolista profesional y el club para el que juega al fútbol. Así pues, cualquiera que sea la denominación o *nomen iuris* que las partes hayan asignado a un contrato o negocio jurídico (celebrado de manera mediata o inmediata entre un club y su jugador), lo cierto es que se trata de un negocio jurídico con causa laboral, y así debe ser considerado a la hora de aplicar el sistema tributario a dicha realidad».

⁴⁵ SAN de 26 de abril de 2007, rec. núm. 1089/2003, confirmada en esta cuestión por la STS de 28 de enero de 2011, rec. núm. 3213/2007.

⁴⁶ SAN de 23 de abril de 2009, rec. núm. 219/2006, confirmada por la STS de 11 de octubre de 2012, rec. núm. 3278/2009.

de 2003, en el sentido de que «de la definición legal de marca se deduce que esta es un medio para distinguir productos, pero no un fin, es decir, la marca no puede erigirse en elemento único diferenciador de los productos, porque según la ley es solo el medio para identificarlos; pretender que un nombre o símbolo constituya marca de un producto, para distinguirlo de otro igual, que solo difiere del anterior en ese nombre o símbolo, implica ignorar el concepto legal de marca que es, insistimos, un medio para distinguir el producto. Cuando esa marca o símbolo es la única diferencia entre dos o más productos que en lo demás son iguales entre sí, es evidente que su utilización nada tiene que ver con el ánimo de diferenciar los productos, su fabricante o comercializador, la garantía de estos sobre la calidad del producto o la responsabilidad por posibles daños que origine su consumo o uso, sino que el producto en cuestión es solo un mero soporte para ese nombre o símbolo plasmado en él, todo lo cual nada tiene que ver con la idea de marca. Cuando el Club comercializa camisetas u otros productos con el nombre o la imagen de sus jugadores y técnicos, es evidente, por lo que acabamos de razonar, que no está haciendo uso de una marca que dice haber adquirido onerosamente, sino de la imagen del jugador o técnico respectivo», añadiendo que, «Si se parte de la marca como un derecho industrial, resulta evidente que el jugador no es una propiedad de ese carácter para su Club, por lo que no es susceptible de explotación comercial. Es simplemente la persona que realiza su trabajo para el Club a efectos de que este pueda lograr los objetivos que constituyen el objeto social y el propio fin del Club. Si ello es así, y no estamos ante una propiedad industrial, no es posible enjuiciar las relaciones entre el Club y sus futbolistas con la normativa propia de las marcas» (FJ séptimo). En conclusión, aunque es posible que un deportista registre como marca su nombre o imagen y explote comercialmente la misma, no cabe utilizar esta vía respecto de los derechos de imagen cedidos a la entidad con la que mantiene una relación laboral, con la finalidad de eludir la aplicación del régimen de imputación de rentas del artículo 92, pues, en tales casos la finalidad perseguida no es la de distinguir o diferenciar los productos que la entidad pueda comercializar, que se convierten en un mero soporte del nombre o símbolo plasmado en él, de modo que lo que realmente se cede a la entidad no es una marca sino los derechos sobre la imagen del deportista, cesión que, de darse los requisitos legalmente previstos, quedará sujeta al régimen de imputación de rentas.

2. LA OBLIGACIÓN DE INGRESO A CUENTA EN EL RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN DE RENTAS POR CESIÓN DE DERECHOS DE IMAGEN

El apartado 8 del artículo 92 de la LIRPF establece la obligación de la entidad empleadora de efectuar un ingreso a cuenta de las contraprestaciones satisfechas en metálico o en especie a la cesionaria de los derechos cuando se trate de una entidad no residente⁴⁷. La cuantía del ingreso a cuenta se ha fijado en el 19%⁴⁸.

⁴⁷ En caso de que los derechos hubiesen sido adquiridos a una entidad o persona residente no procederá este ingreso a cuenta, sino la correspondiente retención a cuenta del IRPF o IS, según se trate de una persona física o jurídica. En ambos casos, el porcentaje de retención aplicable, de acuerdo con el artículo 101 de la Ley 35/2006 y el 128 de la Ley 27/2014, será del 24%.

⁴⁸ Artículo 101.10 de la LIRPF.

Se trata de un ingreso a cuenta de una naturaleza distinta a los previstos con carácter general, pues, en primer lugar, se efectúa incluso en caso de retribuciones en metálico, que será lo habitual en estos supuestos, y, en segundo lugar, porque, como ha escrito PEDREIRA MENÉNDEZ, el ingreso a cuenta funciona como «un pago a cuenta de la persona física titular de los derechos de imagen, que no es la que percibe directamente las rentas sujetas al ingreso a cuenta, pero es la que se presume que las va a recibir y de hecho se las habrá de imputar pudiendo deducirse el ingreso a cuenta»⁴⁹. Por otro lado, la obligación de efectuar el ingreso a cuenta por parte de la entidad adquirente de los derechos de imagen es independiente de la obligación que, en su caso, le incumba de practicar la correspondiente retención a cuenta del IRNR de la entidad no residente cedente de los derechos⁵⁰.

Asimismo, dado que la obligación de efectuar el ingreso a cuenta tiene como presupuesto el incumplimiento de la regla 85/15, lo que solo se conocerá con certeza el último día del periodo impositivo, fecha en que se sabrá el importe de las retribuciones de trabajo y del resto a tomar en cuenta para el nacimiento de la obligación, se plantea un problema respecto del momento en que deben efectuarse los correspondientes ingresos a cuenta, que de acuerdo con el modelo 111 de declaración e ingreso de los mismos⁵¹, deberá realizarse en el periodo, trimestral o mensual, en que hayan sido satisfechas las contraprestaciones por la adquisición de los derechos de imagen, aunque sea anterior a la finalización del periodo⁵².

⁴⁹ PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: «La tributación de los derechos de imagen de los deportistas vinculados por relaciones laborales», *RCyT. CEF*, 214, 2001, pág. 29. La STS de 11 de octubre de 2012, rec. núm. 3249/2010, sin embargo, confundiendo el ingreso a cuenta por la renta imputada con la retención en la fuente del IRNR que, asimismo, deberá practicar, en su caso, la entidad empleadora con motivo del pago a la entidad cedente, hace, en nuestra opinión, una interpretación errónea del sistema, al declarar que «se obliga al empleador/cesionario de los derechos de imagen (Club) a realizar un ingreso a cuenta con ocasión de las cantidades entregadas a la entidad no residente por la cesión de los derechos de imagen, y como el mismo tiene el carácter expresado y no el de retención, resulta que la cantidad que finalmente desembolsa aquel ha de ser la convenida en el contrato de cesión más el importe del ingreso a cuenta, *sin que, como vamos a ver, ello genere derechos en el deportista*. Por ello, la única explicación que se ha encontrado a la norma que impone el ingreso a cuenta es la de que el legislador ha intentado evitar que se acuda al mecanismo de entidades no residentes, siempre difíciles de controlar por la Hacienda Pública. [...] *el referido ingreso a cuenta no puede configurarse como retención según lo antes dicho y no se hace figurar su importe como deducible* en el apartado 4 del artículo 2.3 de la Ley 35/2006, sin que la persona física pueda alegar violación del artículo 31 de la Constitución, porque ella tributa exclusivamente en función de la renta imputada y el ingreso a cuenta se realizó por el empleador/cesionario (Club)» (FD tercero). El error en el planteamiento del tribunal se observa de los hechos recogidos en la propia sentencia en la que se puede comprobar como en el acta recurrida el ingreso a cuenta por las rentas imputadas si fue objeto de deducción en la cuota del IRPF del deportista, lo que se negó fue el derecho a que se practicase, también, una deducción por el importe retenido por la entidad empleadora en concepto de IRNR con motivo del pago a una entidad no residente de rentas que se consideraran obtenidas en España.

⁵⁰ *Id.*, sobre esta cuestión, las SSAN de 31 de marzo de 2010, rec. núm. 15/2009, y de 10 de marzo de 2010, rec. núm. 68/2009, ambas confirmadas por el Tribunal Supremo.

⁵¹ *Id.* Orden EHA/586/2011, de 9 de marzo, por la que se aprueba el modelo 111 de autoliquidación de retenciones e ingresos a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta y se modifica otra normativa tributaria.

⁵² *Cfr.* JIMÉNEZ COMPAIRED, I.: *El régimen tributario de la explotación comercial de la propia imagen*, *op. cit.*, págs. 178-179.

Este problema ha sido abordado por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 26 de abril de 2007⁵³, en la que, aceptando el criterio de la administración, distingue entre el nacimiento de la obligación del ingreso a cuenta y la determinación de la cuantía y exigibilidad del mismo. Así, entiende el tribunal que «la obligación del ingreso a cuenta se produce en relación a las cantidades devengadas en cada ejercicio, entendiéndose devengadas en el momento en que sean exigibles por su perceptor, de acuerdo con las condiciones estipuladas en cada contrato o si los pagos se han efectuado antes del vencimiento de las condiciones establecidas en el mismo, en el momento de su pago [...] Una vez establecida temporalmente esa obligación, la cuantificación y fijación en el tiempo de ese ingreso a cuenta se hará [...] sobre la contraprestación satisfecha en metálico o en especie, si bien, hasta el 31 de diciembre de cada año no puede determinarse de forma definitiva dicha obligación, por ser esta la fecha en que conociéndose el importe de las retribuciones de trabajo y del resto a tomar en cuenta para el cálculo del ingreso a cuenta, es cuando se puede efectuar la aplicación de la regla 85/15» (FJ decimoquinto). El Tribunal Supremo, al confirmar esta sentencia de la Audiencia Nacional, añade al párrafo transcrito el siguiente: «será en dicho momento en el que debe calcularse y procederse al ingreso a cuenta». En conclusión, de dicha doctrina se desprende que el ingreso a cuenta deberá efectuarse en la declaración del último periodo, mensual o trimestral, del año, salvo que en dicho momento no se hubiese satisfecho todavía la contraprestación, en cuyo caso el ingreso se realizaría en el periodo en el que la misma se hubiese efectuado.

Nos encontramos, pues, con una obligación de imputar la renta derivada de la cesión de los derechos de imagen en la base imponible del IRPF del deportista titular de los derechos; obligación que dependerá de que en un determinado periodo impositivo se den los requisitos previstos en el artículo 92, entre ellos la condición de contribuyente. La renta imputada se incluirá, sin embargo, en el periodo en que se satisfaga la contraprestación por la adquisición de dichos derechos por parte de la entidad empleadora (salvo que en dicho periodo no fuese contribuyente, en cuyo caso se incluirá en el primero o último en que lo fuese). Y paralelamente se establece otra obligación, a cargo de la entidad empleadora de efectuar un ingreso a cuenta de las contraprestaciones satisfechas, respecto de la cual cabe plantearse la cuestión de si permanece aun cuando en el momento de satisfacer las contraprestaciones por la adquisición de los derechos el deportista ya no es residente. La distinción entre nacimiento de la obligación y exigibilidad de la misma es el argumento utilizado por la administración y confirmado por los tribunales en las sentencias citadas, para sostener la persistencia de dicha obligación incluso en el caso de que el contribuyente haya dejado de ser residente en ese periodo, pues, la condición de contribuyente debe vincularse al momento del nacimiento de la misma, como hemos visto, el 31 de diciembre⁵⁴. Las mismas consideraciones aplica al requisito de la existencia de una relación laboral.

⁵³ SAN de 26 de abril de 2007, rec. núm. 1089/2003, confirmada por la STS de 28 de enero de 2011, rec. núm. 3213/2007.

⁵⁴ A juicio del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de enero de 2011, rec. núm. 3213/2007, «Otra interpretación, por demás, llevaría al absurdo de permitir el fraude y la elusión fiscal, puesto que de exigirse la existencia de relación laboral y la circunstancia de ser contribuyente la persona física, no al tiempo del devengo, sino del pago efectivo de las cantidades debidas por derecho de imagen, bastaría diferir el pago a un momento posterior al cese de la relación laboral o cuando la persona física no fuera contribuyente, no residente, para hacer inútil e ineficaz la regulación contenida en la normativa citada» (FD octavo).

3. LAS RENTAS DERIVADAS DE LOS DERECHOS DE IMAGEN Y LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Finalmente, hay que destacar la posible aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional a las sociedades dedicadas a la gestión de derechos de imagen del deportista, previsto en el artículo 91 de la LIRPF, y que tras la modificación operada por la Ley 26/2014 incluye expresamente los rendimientos de los derechos de imagen⁵⁵. Este artículo establece la imputación al socio de las rentas positivas derivadas de los derechos de imagen percibidos por la sociedad cuando esta sea no residente y el deportista tenga la condición de socio o participe de la misma, siempre que dicha participación sea superior al 50% (solo o conjuntamente con otros contribuyentes unidos por vínculos de parentesco) y el país de residencia de la sociedad tenga una tributación un 75% inferior a la española; salvo que sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, y siempre que se acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas.

La imputación de dichas rentas al socio deportista, en caso de que sea el titular de los derechos de imagen, se producirá en la medida en que no proceda la imputación por la vía del artículo 92, ya sea porque las rentas obtenidas por la entidad no han sido satisfechas por el club al que pertenece el deportista o porque la cantidad satisfecha por este último no supera el 15% a que alude el precepto, lo que obligará a la sociedad transparente a diferenciar unas de otras a los efectos de su imputación por transparencia. Pero, lo destacable a estos efectos es que, incluso en los casos en los que se trate de evitar la imputación de los rendimientos derivados de la cesión de los derechos de imagen al club, respetando la regla 85/15, estos pueden ser imputados al deportista si este es socio de la entidad perceptora de los mismos y se dan los requisitos del artículo 91 para considerarla transparente. En tal caso, además, la renta imputada se integrará en la base imponible general, sometida a la progresividad de la tarifa del IRPF, y no en la base imponible del ahorro, en la que se incluiría la distribución de los dividendos, sometida a una tributación más atenuada.

4. APLICACIÓN DE RÉGIMEN DE OPERACIONES VINCULADAS A LAS CESIONES DE DERECHOS DE IMAGEN A SOCIEDADES INSTRUMENTALES

La modificación del régimen de las operaciones vinculadas llevada a cabo por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, estableciendo la obligación de valorar a valor de mercado las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas, dio pie a la aparición de un nuevo frente de actuación en relación con la interposición de sociedades cesionarias de los derechos de imagen de los deportistas profesionales, pues, a la aplicación, en su caso, del régimen de imputación previsto en el artículo 92 de la LIRPF se añadía la

⁵⁵ En el ámbito del IS, la nueva Ley 27/2014, de 27 de noviembre, ha incluido también las rentas derivadas de los derechos de imagen como rentas a imputar por la entidad no residente a la sociedad residente cuando se den los requisitos previstos en el artículo 100 de la LIS.

exigencia de que, si se dan los supuestos de vinculación previstos en la norma, por ejemplo, si el deportista era administrador o poseía más del 5% del capital social⁵⁶, dicha cesión de los derechos de imagen debía valorarse a precios de mercado.

A pesar de que se ha sostenido que con ello se vacía de contenido el régimen de imputación de rentas del artículo 92 de la LIRPF y que se genera incertidumbre e inseguridad, en nuestra opinión, ambos regímenes son perfectamente compatibles y pueden actuar conjuntamente. Ciertamente, se trata en ambos casos de medidas con una finalidad antielusiva, pero una y otra se aplican sobre presupuestos de hecho totalmente distintos, en momentos también distintos y que no siempre tienen por qué ser concurrentes. Así, mientras que lo relevante para encontrar el amparo del artículo 92 es la existencia de una relación laboral entre el deportista titular de los derechos de imagen y la entidad que adquiere los mismos de un tercero, sin que la relación existente entre el deportista y el tercero al que le cedió los citados derechos tenga relevancia alguna; a los efectos de aplicar el régimen de operaciones vinculadas es esta relación la que resulta determinante, no procediendo la misma cuando se trata de auténticas cesiones a terceros que no están bajo el control del deportista o en los que no participa en más del 25% del capital social. El principal supuesto que trata de atajar la aplicación de esta regla es el de las cesiones aparentes, gratuitas o por precios simbólicos de unos derechos que tienen un indiscutible valor con la finalidad de residenciar en sede de la sociedad, normalmente controlada por el propio deportista, los rendimientos obtenidos por la explotación de los mismos, ya sea del propio club al que pertenece como de otras entidades.

Cuestión distinta es la de concretar el valor de mercado de la cesión de los derechos de imagen por parte del deportista, que la administración en los casos de aplicación concurrente con la regla de imputación de rentas viene identificando con la cantidad pagada por el club a la cesionaria de los derechos, normalmente el 15% del total satisfecho a la entidad cesionaria y deportista. Esta equiparación no tiene por qué proceder en todo caso. En primer lugar, porque el contenido y alcance de la cesión de los derechos de imagen por parte del deportista no tiene por qué coincidir con el contenido y alcance de los derechos adquiridos por el club. En segundo lugar, porque el valor de los mismos puede variar en función del momento en que se realizan las distintas transmisiones. Ciertamente, si como ha ocurrido con frecuencia dichas operaciones se llevan a cabo de forma simultánea con la puesta en marcha de un esquema de planificación fiscal dirigido a eludir o reducir la carga tributaria por las cantidades percibidas del club con el que se mantiene la relación laboral, dicha equiparación podría resultar indicativa del verdadero valor de mercado, pero, fuera de dichos supuestos lo correcto es acudir a los métodos de valoración contenidos en el artículo 18 de la LIS, incluyendo el acuerdo previo de valoración recogido en el apartado 9. Lo que no parece admisible es el artículo 92, dirigido a evitar la imputación al deportista de las cantidades pagadas por el club en la adquisición de sus derechos de imagen a un tercero, siempre que no superen el 15% indicado, limite la posible aplicación de una regla dirigida a valorar las operaciones entre el deportista y una sociedad de la que es socio, aunque dichas operaciones afecten a sus derechos de imagen.

⁵⁶ La regulación vigente de las operaciones vinculadas en el artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS, ha elevado dicho porcentaje al 25%.

IV. CESIÓN DE DERECHOS DE IMAGEN Y FISCALIDAD INTERNACIONAL

Las actividades desarrolladas por los deportistas, a diferencia de otros profesionales, se caracterizan por una frecuente movilidad geográfica así como por la variada naturaleza de las rentas que estas pueden generar, entre ellas las derivadas de la explotación del derecho a la propia imagen, rendimientos estos que, por su propia naturaleza, son fáciles de deslocalizar, de aquí que los rendimientos obtenidos por estos contribuyentes planteen, a menudo, cuestiones relacionadas con la tributación internacional de los mismos, hasta el punto de que son objeto de un tratamiento singularizado en los convenios de doble imposición internacional.

Los problemas planteados en este ámbito no afectan, exclusivamente, a la tributación de los no residentes. También respecto de los residentes en un determinado territorio encontramos numerosos supuestos en los que el régimen tributario aplicable está condicionado por disposiciones que regulan aspectos propios de la fiscalidad internacional. Se trata, en definitiva, de analizar la tributación de los rendimientos derivados de la cesión de los derechos de imagen cuando en el presupuesto de hecho realizado aparece algún elemento de internacionalidad jurídicamente relevante, que surge, no solo cuando el perceptor de las rentas sea un deportista no residente, sujeto al IRNR, sino también cuando se trate de un residente, sujeto al IRPF, que desarrolle sus actividades fuera del territorio nacional, o cuando perciba rentas satisfechas por pagadores no residentes, o porque se acuda a esquemas de planificación fiscal en los que se vean implicados sujetos residentes en otros países.

En todos estos casos, la tributación de los deportistas por la cesión de sus derechos de imagen dependerá de su país de residencia y de la existencia o no de un CDI aplicable al caso, pues, en función de dichos parámetros, le resultará aplicable la LIRPF, la LIRNR y, en su caso, el CDI.

1. CONTRIBUYENTES RESIDENTES (IRPF)

De acuerdo con el artículo 2 de la LIRPF los deportistas residentes en nuestro país deberán tributar por la totalidad de sus rendimientos, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador. Se trata del principio, generalmente acogido en el ámbito de la fiscalidad internacional, de tributación por la renta mundial. No obstante, esta regla se ve exceptuada en el artículo 5, cuando dispone que lo establecido en esta ley se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno, es decir, sin perjuicio de lo establecido en los CDI, que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 96 de la Constitución, prevalecen sobre el ordenamiento interno.

En ausencia de convenio, la tributación de los derechos de imagen obtenidos por un deportista residente se producirá, pues, de acuerdo con la regulación descrita en los apartados anteriores. En el supuesto de que resulte aplicable un concreto CDI habrá que estar a lo dispuesto en el mismo para, en el caso de que este atribuya a nuestro país la potestad para gravar dichos rendimientos, aplicar la LIRPF, con las limitaciones que pudiesen contenerse en el citado convenio. Esto obligará, por ejemplo, a tener en cuenta el mismo a la hora de calificar los rendimientos como rendimientos empresariales, cánones o como rentas de artistas o deportistas. Asimismo, será el convenio el que

establezca la posible tributación en la fuente de los rendimientos obtenidos en el extranjero y las limitaciones fijadas al respecto.

Todas estas cuestiones serán abordadas más adelante en el apartado dedicado a la incidencia de los convenios de doble imposición internacional en la tributación de los derechos de imagen de los deportistas.

2. CONTRIBUYENTES NO RESIDENTES (IRNR)

Limitándonos al ordenamiento interno, y en ausencia de CDI aplicable, para analizar la tributación de los rendimientos derivados de la explotación o cesión de los derechos de imagen de un no residente hay que acudir al Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes. De acuerdo con el mismo son contribuyentes las personas físicas y entidades no residentes en territorio español que obtengan rentas en él, disponiendo el artículo 13.1 f) que se consideran obtenidos en territorio español, en concepto de canon, los derechos de imagen satisfechos por personas o entidades residentes en territorio español o por establecimientos permanentes situados en este, o que se utilicen en territorio español. Los puntos de conexión seleccionados por el legislador son, pues, la residencia del pagador en territorio español y la utilización de los derechos de imagen en el mismo.

La calificación como cánones de los rendimientos derivados de los derechos de imagen se mantiene, incluso en los casos en los que dichos rendimientos se obtengan en el desarrollo de una actividad empresarial, pues, de acuerdo con el artículo 13.1 b), la calificación prevista en el artículo 13.1 f) prevalece conceptualmente sobre la categoría de los rendimientos empresariales⁵⁷.

Sin embargo, si nos encontramos ante rendimientos obtenidos por una cesión de derechos de imagen que se encuentren vinculados a la actuación en territorio español del deportista, será de aplicación el apartado 3.º de la letra b) según el cual se considerarán obtenidos en territorio español por derivar directa o indirectamente de dicha actuación, y ello, aun cuando se perciban por persona o entidad distinta del artista o deportista⁵⁸. Esta asimilación a los rendimientos de artistas y depor-

⁵⁷ *Vid.*, en este sentido, CARMONA FERNÁNDEZ, N.: «La fiscalidad de los no residentes en España (VII): cánones», en *Manual de Fiscalidad Internacional*, Ignacio CORRAL GUADAÑO (dir.), vol. I, IEF, Madrid, 2016, págs. 610-611; RODRÍGUEZ LOSADA, S.: «Al hilo de los derechos de imagen de deportistas profesionales: calificación de estas rentas desde la perspectiva interna e internacional», *op. cit.*, pág. 13. El Informe de la DGT de 12 de junio de 2001, en un momento en el que la normativa ni siquiera contemplaba de manera expresa esta categoría de rentas, consideró que «En el ámbito del IRNR la calificación por naturaleza como rendimiento de capital mobiliario se extiende incluso a los casos en que la cesión se realice en el ámbito de una actividad económica, puesto que la Ley del IRNR configura las rentas sujetas con independencia de quien las preste y de que exista o no habitualidad en la prestación».

⁵⁸ A favor de esta interpretación, *vid.* CHECA GONZÁLEZ, C., para quien «Este supuesto tiene una gran amplitud y alcance, ya que pretende gravar no solo los rendimientos estrictamente derivados de las actuaciones artísticas o deportivas en sí, sino asimismo los derivados indirectamente de ellas, entre los que se pueden incluir, entre otros, los ingresos procedentes de los derechos de imagen, los obtenidos de empresas por utilización de su material deportivo, los derivados de contratos de reproducción de la obra del artista por cualquier medio (discos, cassettes, compact-disc, videocassettes, laser-disc, et-

tistas atraerá a la tributación en territorio español muchos supuestos en los que, de aplicar la regla de los cánones no se produciría. Asimismo, la previsión de incluir en el citado precepto las rentas obtenidas por el deportista, aun cuando se perciban por persona o entidad distinta, permitirá, como veremos en el apartado siguiente, la aplicación del artículo 17.2 del MCOEDE, en el que se permite la tributación en la fuente cuando la legislación interna del Estado de actuación «levante el velo» de dichas entidades y trate las rentas como si se obtuviesen directamente por la persona física⁵⁹.

Al tratarse de rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, su tributación se producirá, de forma separada, por cada devengo total o parcial de renta (art. 15.1), siendo la base imponible el importe íntegro obtenido (art. 24.1)⁶⁰ y el tipo aplicable el 24%, con la salvedad prevista para contribuyentes residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria (Noruega e Islandia), a los que se les aplicará el 19%; debiendo destacarse la obligación que recae sobre la entidad pagadora de los rendimientos de retener o ingresar a cuenta una cantidad equivalente a la que resulte de aplicar las disposiciones previstas en la LIRNR para determinar la deuda tributaria del contribuyente o las establecidas en el CDI que resulte aplicable, lo que exime a este último de la obligación de presentar la declaración cuando dicha retención o ingreso a cuenta se haya efectuado. Todo ello sin perjuicio de la posible aplicación del régimen opcional para contribuyentes residentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, Islandia o Noruega, previsto en el artículo 46 de la LIRNR, que permite, en determinados casos, optar por tributar en calidad de contribuyente por el IRPF⁶¹.

cétera), o los satisfechos en caso de esponsorización», en *El Impuesto sobre la renta de no residentes*, 2.ª ed., Aranzadi, 2002, pág. 112; así como, CORDERO SAAVEDRA, L.: «Las rentas por cesión de derechos de imagen. Calificación en el derecho interno y en los Convenios para evitar la doble imposición», *op. cit.*, pág. 433; RELEA SARABIA, A.: *El régimen jurídico tributario de las retribuciones de los futbolistas*, *op. cit.*, págs. 294-295; en contra, SOLER ROCH, M.ª T. y NÚÑEZ GRANÓN, M.: «El Impuesto sobre la Renta de No Residentes: Hecho imponible y criterios de sujeción», en *Fiscalidad Internacional*, Fernando SERRANO ANTÓN (coord.), CEF, Madrid, 2013, pág. 44.

⁵⁹ Esta cláusula antielusión aplicable a artistas y deportistas ya figuraba en los artículos 70.Uno e) del reglamento de desarrollo de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, y 45.1 d) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del IS; así como en el artículo 12.1 b) de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, sobre la renta de no residentes.

⁶⁰ En caso de que se trate de un contribuyente residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, Noruega o Islandia, el artículo 20.6 de la LIRNR permite la deducción de los gastos previstos en la LIRPF o la LIS, siempre que se acredite su relación directa con los rendimientos obtenidos en España y que tienen un vínculo económico directo e indisoluble con la actividad realizada en España.

⁶¹ La opción la tienen los contribuyentes que hayan obtenido durante el ejercicio en España, por rendimientos del trabajo o por rendimientos de actividades económicas, como mínimo, el 75% de la totalidad de su renta, o cuando la renta obtenida durante el ejercicio en España haya sido inferior al 90% del mínimo personal y familiar que le hubiese correspondido de acuerdo con sus circunstancias personales y familiares de haber sido residente en España y que la renta obtenida fuera haya sido, asimismo, inferior a dicho mínimo. Formulada la solicitud, la Administración tributaria, teniendo en cuenta la totalidad de las rentas obtenidas por el contribuyente en el periodo impositivo y sus circunstancias personales y familiares, y siguiendo el esquema liquidatorio del IRPF, determinará el tipo medio de gravamen correspondiente. El tipo medio de gravamen resultante se aplicará sobre la parte de base liquidable correspondiente a las rentas obtenidas en territorio español. Si el resultado anterior arroja una cuantía inferior a las cantidades satisfechas durante el periodo impositivo por el contribuyente no residente en concepto de IRNR sobre las rentas obtenidas en territorio español, procederá devolver el exceso.

Esta tributación, que recae sobre la renta obtenida por un no residente con ocasión de la cesión de derechos de imagen, en caso de que dicha cesión se efectúe por una entidad no residente que los ha adquirido de su titular, irá unida, en su caso, a la tributación en nuestro país del deportista residente titular de los derechos por aplicación del régimen de imputación de rentas previsto en el artículo 92, anteriormente analizado.

3. LOS RENDIMIENTOS DERIVADOS DE LA EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS DE IMAGEN EN EL ÁMBITO DE LOS CDI

El régimen aplicable a los rendimientos derivados de la explotación de los derechos de imagen de los deportistas ha sido una cuestión especialmente conflictiva en el ámbito de los CDI, en los que las rentas de artistas y deportistas tienen un tratamiento singularizado, mientras que los derechos de imagen no aparecen mencionados en el MCOCDE. Ante esa ausencia de regulación expresa, tres son los posibles artículos en los que se podrían incardinar los rendimientos derivados de la explotación de los citados derechos. En el artículo 7, referido a los beneficios empresariales, en el 12, relativo a las regalías o cánones y el 17 que regula las rentas de artistas y deportistas. La integración de los rendimientos obtenidos en una u otra categoría tendrá importantes consecuencias, pues, mientras que, en el MCOCDE, los beneficios empresariales (obtenidos sin mediación de establecimiento permanente) y los cánones solo pueden ser sometidos a tributación en el Estado de la residencia del perceptor, sin que, por lo tanto, el Estado de la fuente pueda gravar las rentas obtenidas en el mismo por el no residente; las rentas obtenidas por artistas y deportistas se someten a la regla de la tributación compartida, permitiéndose al Estado de la fuente, aquel en el que se desarrolle la actividad concreta, gravar la renta obtenida en el mismo.

Pero lo relevante en el momento de analizar un caso en particular no es lo dispuesto en el MCOCDE sino lo establecido en el concreto CDI aplicable y, aunque los 102 convenios suscritos por España hasta el momento suelen reproducir los criterios del MCOCDE, no siempre es así. Especialmente en relación con los cánones, España, a pesar de que no hemos encontrado ninguna reserva formulada por nuestro país al artículo 12, en la mayoría de los CDI suscritos se acoge al criterio de la tributación compartida⁶², si bien estableciendo un límite cuantitativo en el Estado de la fuente, límite que oscila entre el 3,75⁶³ y el 20%⁶⁴, siendo el 5 y el 10% los límites previstos en la mayoría. Respecto de las rentas de artistas y deportistas del artículo 17, todos los CDI, salvo el de Austria, que dispone la tributación exclusiva en el Estado de la actuación, establecen la tributación compartida, sin limitación alguna en el Estado de la fuente⁶⁵. En relación con el apartado 2 de dicho

⁶² No obstante, los CDI suscritos con Albania, Alemania, Barbados, Bulgaria, Chipre, Croacia, Emiratos Árabes Unidos, Estonia, Georgia, Hungría, Malta y Reino Unido siguen el criterio del MCOCDE de tributación exclusiva en el país de la residencia. El mismo criterio sigue el Convenio modificado de EE. UU. (BOCG, 300, de 14 de julio de 2014, serie A). Todavía no publicado en el BOE.

⁶³ Este es el límite previsto en el CDI con Nigeria.

⁶⁴ Este es el límite fijado en los CDI suscritos con India y Filipinas.

⁶⁵ Un supuesto particular lo constituye el CDI con EE. UU., en cuyo artículo 19 se condiciona la tributación en el Estado de la actuación a que los ingresos obtenidos por dicho artista o deportista por la realización de esas actividades,

artículo, que permite gravar la renta aunque sea satisfecha a una entidad interpuesta, algunos de los convenios suscritos, en especial los más antiguos, no recogen el contenido de dicho apartado. Así ocurre en los CDI con Austria, Finlandia, Países Bajos y Suiza. Otros convenios limitan los efectos de dicha cláusula en función de la vinculación entre el artista o deportista y las personas interpuestas, es el caso de los CDI con Canadá, EE. UU. y Japón. El Convenio con Marruecos no incorpora a su texto el apartado 2 del MCOCDE, pero en el apartado 1 establece que, el mismo, se aplica a las rentas obtenidas por las personas que explotan u organizan las actividades de los artistas y deportistas.

a) El artículo 7 del MCOCDE: Beneficios empresariales

El primer problema con el que nos encontramos es, pues, el de la calificación de los rendimientos derivados de la explotación de los derechos de imagen a los efectos del CDI aplicable, para lo que nos enfrentamos a las tres categorías anteriormente descritas: beneficios empresariales, cánones o rentas de artistas y deportistas. No obstante, en nuestra opinión, difícilmente podrán encajarse en la primera de ellas, pues, en virtud del apartado 4 del artículo 7 del MCOCDE, cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente artículo, por lo que no procederá su calificación como beneficio empresarial. Aunque, ciertamente, la opinión no es unánime, a nuestro juicio los citados rendimientos podrán ser integrados entre los cánones o entre las rentas de artistas y deportistas. Este es el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de junio de 2008, en la que casa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de octubre de 2002, que calificaba como beneficios empresariales los obtenidos en España por un artista residente en Países Bajos a los que aplicó el artículo 7 del CDI suscrito con dicho país y que el Tribunal Supremo corrige, asumiendo las alegaciones del abogado del Estado: «el apartado cinco de aquel artículo sanciona que cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos de este convenio, las disposiciones de aquellos no quedarán afectadas por las del presente artículo. Es decir, se sanciona claramente el carácter siempre subsidiario de aquel art. 7 con respecto a otros preceptos de carácter más específico y que siempre serían preferentemente aplicables al presente caso»⁶⁶.

b) El artículo 12 del MCOCDE: Cánones

A pesar de que el artículo 12 del MCOCDE no incluye en la enumeración en él contenida la cesión de los derechos de imagen, la administración española ha sostenido desde un principio la calificación como cánones de los pagos realizados por la cesión de tales derechos, criterio que se recogió en el Informe de la DGT de 12 de junio de 2001, en el que se considera que la definición de canon del artículo 12 del MCOCDE «acumula una serie de categorías variadas cuyo nexo común es el de ser cantidades pagadas a cambio del derecho a utilizar con fines comerciales imágenes, textos,

incluidos los pagos por reembolso de gastos o los gastos soportados en su nombre, exceda de 10.000 dólares USA, o su equivalente en pesetas, respecto del periodo fiscal considerado.

⁶⁶ STS de 11 de junio de 2008, rec. núm. 7710/2002, FD segundo.

nombres, conocimientos, etc., cuyo derecho de reproducción y utilización es privativo de la persona a quien se satisfacen. A pesar de no establecer un concepto abierto, sí es una definición flexible, dentro de la que cabe incluir realidades nuevas que respondan a la naturaleza de aquellas que la definición contempla expresamente [...] resulta evidente la afinidad que existe entre el derecho de imagen y el derecho de autor, dentro de las distintas "categorías" enumeradas en la definición de canon. La imagen se cede para su explotación comercial, lo que se va a traducir en la incorporación de la misma en todo tipo de soportes, sean camisetas, libros, objetos comerciales, imágenes televisivas, etc., todos ellos generadores de derechos de autor. Puesto que la imagen se incorpora a estos soportes físicos, es obvio que se está cediendo el derecho a reproducir la propia imagen. Cabe recordar que la versión oficial del Modelo en inglés utiliza el término "copyright", cuyo significado en inglés es el derecho a reproducir, por más que su permanente vinculación a las obras literarias, artísticas o científicas haya hecho común su traducción como "derechos de autor" [...] la cesión de los derechos de imagen responde claramente al nexo común que subyace bajo la definición de canon y que funciona como mínimo común denominador de todas las "categorías" que se enumeran en ella, es decir, el derecho a utilizar con fines comerciales algo cuyo derecho de reproducción y utilización está restringido y protegido a favor de una persona determinada». Se produce, pues, una asimilación del derecho a la explotación comercial de la propia imagen a los derechos de la propiedad industrial e intelectual y una caracterización flexible de la definición de canon contenida en el artículo 12 del MCOCDE⁶⁷.

Aunque podemos encontrar algún pronunciamiento en sentido contrario, este criterio ha sido asumido por la Audiencia Nacional en reiteradas ocasiones, negando que la tesis mantenida por la administración suponga una interpretación analógica de la norma, forzando la aplicación de esta a un supuesto no previsto en ella, al entender que lo que hace es «una interpretación del propio alcance de la norma y de su inclusión en su ámbito de un fenómeno habitual hoy día pero no en el momento en que fue suscrito el Convenio, que, sin embargo, resulta plenamente subsumible en dicha norma»⁶⁸. La propia Audiencia Nacional ha ratificado esta doctrina cuando en la Sentencia

⁶⁷ Esta tesis es aceptada por la mayoría de la doctrina, RODRÍGUEZ LOSADA, S.: «Interpretación dinámica de los convenios para evitar la doble imposición en relación con las rentas de artistas y deportistas», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 2009, págs. 8-9; JIMÉNEZ COMPAIRE, I.: *El régimen tributario de la explotación comercial de la propia imagen*, op. cit., pág. 97; TOVILLAS MORÁN, J. M.: *El tratamiento tributario del derecho de imagen*, op. cit., pág. 198; sin embargo, para algunos autores, como DELGADO PACHECO, dicha inclusión constituye una integración analógica del precepto no permitida, pues, «sobre la base del carácter excepcional del tratamiento de los cánones, parece más correcto excluir la posibilidad de una extensión analógica de esta relación», en «El régimen de los cánones en la fiscalidad internacional: Cuestiones especialmente debatidas en España», en *Fiscalidad Internacional*, Fernando SERRANO ANTÓN (COORD.), 5.ª ed., CEF, Madrid, 2013, pág. 733; en la misma línea, RELEA SARABIA, A., se muestra contrario a la consideración como cánones de los ingresos por la explotación de los derechos de imagen con base en que «la definición de cánones contenida en el artículo 12 del Modelo de Convenio no es abierta, por lo que no cabría incluir en la misma conceptos no previstos», mostrándose partidario de incluir dichas rentas en el artículo 7, beneficios empresariales, o en el 21, otras rentas; en *El régimen jurídico tributario de las retribuciones de los futbolistas*, op. cit., pág. 302.

⁶⁸ SAN de 8 de febrero de 2007, rec. núm. 183/2004, FJ cuarto, doctrina reiterada en las Sentencias de 18 de febrero de 2007, rec. núm. 782/2004; de 24 de mayo de 2007, rec. núm. 161/2004; de 7 de mayo de 2007, rec. núm. 285/2004; de 9 de mayo de 2007, rec. núm. 174/2006; de 31 de enero de 2008 rec. núm. 1006/2004; de 14 de abril de 2008, rec. núm. 115/2006; de 2 de octubre de 2008, rec. núm. 116/2006; de 10 de diciembre de 2009, rec. núm. 422/2006; y de 10 de junio de 2010, rec. núm. 413/2008, entre otras.

de 26 de septiembre de 2013 niega fuerza vinculante a su anterior Sentencia de 18 de julio de 2007, alegada por los recurrentes, que calificaba los derechos de imagen como rendimiento empresarial, declarando que «ni la sentencia a que pretende acogerse la recurrente tiene fuerza vinculante alguna para esta Sala –y no solo porque es un ejemplo aislado entre otras muchas, del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que dicen lo contrario–, sino porque en ella se contiene una interpretación del artículo 12.2 del Convenio y de la Ley del IRNR que, en el caso más favorable para los intereses de la parte demandante, podría considerarse aplicable a los periodos anteriores al 1 de enero de 2003, no así a los posteriores, que contaban con una regla jurídica propia, por virtud de la cual, como hemos visto, los derechos de imagen vienen enumerados en la Ley como ejemplo de cánones, con el efecto añadido de que el artículo 3.2 del Convenio entre el Gobierno del Estado Español y el Gobierno del Reino de los Países Bajos dispone que "2. Para la aplicación del presente Convenio por un Estado, cualquier expresión no definida de otra manera tendrá, a menos que el texto exija una interpretación diferente, el significado que se le atribuya por la legislación de este Estado relativa a los impuestos que son objeto del presente Convenio", previsión que, en rigor, constituye una llamada a nuestro ordenamiento interno a la hora de precisar el concepto de cánones no definido en el propio Convenio y que, con la entrada en vigor de la reiterada reforma legal operada por Ley 46/2002, obliga a incluir dentro del concepto de cánones, en aplicación del propio Convenio, todas sus modalidades y, en especial, las explícitamente recogidas en la norma interna, entre las que figuran los derechos de imagen»⁶⁹. El Tribunal Supremo, por su parte, ha seguido los planteamientos de la Audiencia Nacional, y solo ha alterado la calificación cuando se trataba de derechos de imagen directamente relacionados con actuaciones artísticas o deportivas realizadas en territorio español, casos en los que reconduce la renta al artículo 17 del MCOCDE⁷⁰.

No obstante, hay que advertir de que los problemas de calificación descritos desaparecen cuando el CDI aplicable al caso recoge expresamente los pagos percibidos por la cesión de los derechos de imagen entre los considerados como cánones. Así ocurre con el nuevo CDI suscrito con Alemania, en cuyo artículo 12.3 se establece que el término «cánones» comprende asimismo los pagos de cualquier naturaleza percibidos como contraprestación por el uso o la concesión de uso del nombre o la imagen de una persona o cualquier otro derecho de imagen o sobre la identidad.

Como hemos señalado anteriormente, la calificación como canon de los rendimientos derivados de la cesión de los derechos de imagen permitirá, en la mayoría de los casos, la tributación compartida en el Estado de la residencia y en el de la fuente⁷¹, si bien con las limitaciones establecidas para este último en el CDI aplicable.

⁶⁹ SAN de 26 de septiembre de 2013, rec. núm. 281/2010, FJ cuarto.

⁷⁰ Así ha ocurrido en las Sentencias de 11 de junio de 2008, rec. núm. 7710/2002; y de 13 de abril de 2011, rec. núm. 456/2006.

⁷¹ Las excepciones las encontramos en los CDI suscritos con Albania, Alemania, Barbados, Bulgaria, Chipre, Croacia, Emiratos Árabes Unidos, Estonia, Georgia, Hungría, Malta y Reino Unido, que siguen el criterio del MCOCDE de tributación exclusiva en el país de la residencia. El mismo criterio sigue el Convenio modificado de EE. UU. (BOCG, 300, de 14 de julio de 2014, serie A). Todavía no publicado en el BOE.

c) El artículo 17 del MCOCDE: Las rentas de artistas y deportistas

La otra opción que ofrece la normativa convencional es la de incluir los rendimientos derivados de la cesión de los derechos de imagen entre las rentas de artistas y deportistas a que alude el artículo 17.1 del MCOCDE, en cuyo caso podría haber una tributación compartida entre el Estado de la residencia del deportista y aquel en el que se realice la actividad. Realmente, en nuestra opinión, este artículo no pretende crear una nueva categoría de rentas. Lo que con el mismo se persigue es que cualquiera de las posibles rentas obtenidas por un artista o deportista puedan someterse a tributación en el país donde se desarrolle la actuación personal del artista o deportista, siempre que exista una conexión o vínculo directo entre el rendimiento obtenido y dicha actuación. La cuestión a resolver afecta a la delimitación del ámbito objetivo de aplicación del artículo 17.1; en nuestro caso, si entre dichos rendimientos se pueden incluir los derivados de la cesión o explotación de los derechos de imagen del deportista, pues, el citado apartado solo autoriza al Estado de la actuación a gravar la renta que obtengan los artistas no residentes «de sus actividades personales en tal Estado en calidad de artista del espectáculo», expresión reproducida en la totalidad de los CDI suscritos por España, si bien, en algunos se recoge una aclaración en el sentido de que las rentas a que se refiere este artículo comprenden las de carácter accesorio derivadas de prestaciones relacionadas con la notoriedad personal o reputación como artista o deportista, siempre que se obtengan con motivo de su presencia en el otro Estado contratante y provengan de ese otro Estado, lo que parece aludir a los derechos de imagen⁷².

Aunque no es una opinión unánime, la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión se muestra partidaria de la inclusión de las rentas derivadas de la cesión de los derechos de imagen si esta está asociada a la misma actividad artística o deportiva⁷³. También el TEAC, ya en la Resolución de 8 de septiembre de 2000, consideró incluidas dichas rentas entre las rentas de artistas y deportistas a que alude el artículo 17 del MCOCDE, sosteniendo que «cualquier tipo de renta derivada de una actuación artística aunque sea renta procedente de la cesión de derechos de imagen o de la difusión publicitaria del artista está comprendida en el ámbito del artículo 18 del convenio hispano-holandés»; criterio este que se vio confirmado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de junio de 2008 que consideró las rentas derivadas de la cesión de unos derechos de imagen, aun percibidas por entidades distintas del artista, como rentas que «derivan o

⁷² Es el caso del apartado 3 del artículo 17 del Convenio con Andorra, en vigor desde 26 de febrero de 2016; del apartado 10 del Protocolo adicional del Convenio con México; y del apartado XIII del Protocolo adicional del Convenio con El Salvador.

⁷³ *Vid.* RODRÍGUEZ LOSADA, S.: «Interpretación dinámica de los convenios para evitar la doble imposición en relación con las rentas de artistas y deportistas», *op. cit.*, pág. 5; QUINTANA FERRER, E.: «Régimen fiscal de los deportistas», *Fiscalidad del deporte*, *op. cit.*, pág. 246; CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La tributación de los artistas (y deportistas) no residentes en el marco de los Convenios de doble imposición», *Carta Tributaria-Monografías*, 14, 2001, pág. 8; en contra de la inclusión de este tipo de rentas en el artículo 17.1 del MCOCDE se han pronunciado, RELEA SARABIA, A.: *El régimen jurídico tributario de las retribuciones de los futbolistas*, *op. cit.*, pág. 307; TOVILLAS MORÁN, J. M.: *El tratamiento tributario del derecho de imagen*, *op. cit.*, pág. 122.

están íntimamente vinculadas a una actuación del artista en España», añadiendo que «esta clase de rentas es una forma más de retribuir a estos artistas por sus actuaciones de tal naturaleza en las que, además de percibir los honorarios convencionales que se derivan de su presencia y actuación directa, se obtienen otras rentas que, estando también vinculadas a la actuación material del artista, este percibe, no por sus dotes musicales o artísticas, sino por permitir, en este caso, que se utilice su "imagen" con ocasión de su intervención directa y presencia material en los conciertos y posterior comercialización de los mismos»⁷⁴.

La actualización de los comentarios aprobada por el Consejo de la OCDE en 2014 añade un apartado 9.5 a los comentarios al artículo 17, que viene a confirmar el criterio aquí sostenido. En dicho apartado se constata que es frecuente que los artistas y deportistas obtengan una parte sustancial de sus ingresos bajo la forma de una contraprestación por la utilización, o derecho de utilización, de su derecho a la imagen, por ejemplo por la utilización de su nombre o de su imagen personal, aclarando que cuando esta utilización no se encuentre directamente vinculada con la actividad del artista o deportista en un Estado concreto, no se encontrarán afectadas por el artículo 17, pero sí resultarán aplicables dichas previsiones cuando tales retribuciones constituyan en sustancia una remuneración de las actividades del artista o deportista.

Más problemática resulta la aplicación de la cláusula antielusión prevista en el apartado 2 del artículo 17 del MCOCDE, que permite someter a gravamen las rentas derivadas de las actividades personales de los artistas del espectáculo o los deportistas como consecuencia de su actuación en territorio español, aun cuando estas sean satisfechas a una entidad no residente, introduciendo así una excepción al artículo 7 (según el cual, las rentas derivadas de una actividad empresarial realizada sin establecimiento permanente solo pueden gravarse en la sede de la sociedad) y a los intentos de sustraerse a la tributación en el Estado de la fuente mediante la interposición de una sociedad que perciba las rentas correspondientes a la actuación del artista o deportista.

Introducida en 1977, dicha cláusula estaba inicialmente dirigida a combatir estructuras abusivas destinadas a la elusión fiscal en el Estado de la actuación por medio de la interposición de sociedades controladas por artistas o deportistas. Tras la modificación del MCOCDE de 1992 también se aplica en relación con estructuras o construcciones que no persiguen fines de evasión fiscal (comentarios al art. 17, párrafo 11)⁷⁵, y ha adquirido especial relevancia en el ámbito de los deportistas profesionales, especialmente futbolistas, que han acudido con frecuencia a esquemas de planificación internacional diseñados con la finalidad de atribuir las rentas derivadas de sus derechos de imagen a sociedades residentes en el extranjero, a los que previamente se los habían cedido.

⁷⁴ STS de 11 de junio de 2008, rec. núm. 7710/2002, FD sexto; doctrina reiterada en la de 13 de abril de 2011, rec. núm. 456/2006.

⁷⁵ En el año 1987, la OCDE publica el informe «La tributación de las rentas derivadas de actividades artísticas y deportivas» que, con el objetivo de combatir las prácticas elusivas, propone una interpretación del alcance del artículo 17.2 para hacerlo extensivo a todas las entidades que reciban pagos relacionados con las actuaciones de artistas y deportistas, con independencia de que estén controladas, directa o indirectamente, por artistas y deportistas. Estas consideraciones se incorporaron en 1992 a los comentarios al MCOCDE.

En todo caso, también aquí habrá que estar a lo dispuesto en el concreto CDI aplicable, y, aunque la mayoría de ellos suelen reproducir la citada cláusula, algunos introducen algunos matices. Así, los CDI suscritos con EE. UU. y Canadá consideran que su aplicación debería circunscribirse a los supuestos elusivos inicialmente contemplados, impidiendo su aplicación si resulta probado que ni el artista o deportista ni personas vinculadas al mismo participaron directa o indirectamente en los beneficios de la entidad perceptora de las rentas; el CDI con Japón exige que la sociedad esté controlada directa o indirectamente por el artista o deportista. En consecuencia, cuando exista un CDI suscrito por España con el Estado de residencia de la entidad cesionaria de los derechos de imagen que contemple esta cláusula antielusiva, no hay duda de que los derechos de imagen percibidos por la sociedad cesionaria vinculados con la actuación del deportista en nuestro país serán sometidos a tributación de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1 b).3.º de la LIRNR.

Pero la cuestión más conflictiva se ha planteado en relación con aquellos convenios suscritos por España en los que no se recoge la citada cláusula: Austria, Finlandia, Países Bajos y Suiza. Precisamente los casos que han llegado a los tribunales hacen referencia a alguno de estos países, especialmente Países Bajos, utilizados por artistas y deportistas profesionales para residenciar en los mismos la sociedad interpuesta a la que previamente le ceden sus derechos de imagen, en un intento de escapar a la aplicación de la cláusula antielusión no contenida en el texto de dichos convenios. Ello trajo a primer plano el problema de la interpretación estática o dinámica de los CDI, dado que, tanto la cláusula del artículo 17.2, como los comentarios al mismo se incorporaron al MCOCDE con posterioridad a los CDI anteriormente citados en los que no se incluye la misma.

En las observaciones generales al MCOCDE recogidas en el apartado 33 de la Introducción se aborda de manera expresa esta cuestión, recordando que «Al redactar el Convenio Modelo de 1977, el Comité de Asuntos Fiscales examinó el problema de los conflictos de interpretación que podrían surgir a raíz de los cambios efectuados en los artículos y Comentarios del Proyecto de Convenio de 1963. En aquel momento el Comité consideró que, en la medida de lo posible, los convenios existentes deberían interpretarse conforme al espíritu de los nuevos Comentarios, aunque las disposiciones de tales convenios no recogieran todavía los términos más precisos del Convenio Modelo de 1977», si bien, advierte de que «las modificaciones de los artículos del Convenio Modelo y los cambios de los Comentarios que son una consecuencia directa de aquellas serán irrelevantes para interpretar o aplicar convenios concluidos con anterioridad cuando las disposiciones de aquellos difieran sustancialmente de los artículos revisados. Sin embargo, otros cambios o adiciones a los Comentarios serán normalmente relevantes al interpretar y aplicar los convenios concluidos antes de su adopción, ya que reflejan el consenso de los países miembros de la OCDE sobre la interpretación adecuada de las disposiciones existentes y su aplicación a determinados supuestos». Como es conocido, el criterio de la OCDE se inclina, pues, por una interpretación dinámica «en la medida de lo posible» y siempre que las modificaciones de los artículos del convenio modelo y los cambios de los comentarios no difieran sustancialmente de los artículos revisados.

A la vista de ello, la administración española, inicialmente, mantuvo una posición favorable a la denominada «interpretación estática» considerando que el apartado 2.º del artículo 17 del MCOCDE constituye una excepción al precepto convencional regulador de los beneficios empresariales, esto es, el artículo 7, rechazando que la cláusula antielusión del artículo 17.2 otorgara a la adminis-

tración fiscal española poder tributario y potestades específicas para «mirar a través» de la entidad no residente al objeto de someter a imposición la renta generada en el marco de tales actuaciones en manos de los artistas o deportistas⁷⁶. En este sentido, el TEAC, en la Resolución de 26 de mayo de 2000, declaró que el apartado 2 del artículo 17 «no puede aplicarse al presente caso por vía de interpretación, puesto que tal disposición no supone una mera matización de lo establecido en el artículo 17.1 del Modelo de Convenio (de contenido análogo al del artículo 18 del Convenio entre España y los Países Bajos), sino una expresa cláusula antielusión que introduce una excepción a lo dispuesto en el artículo 7 y que no puede ser sobreentendida por uno de los Estados contratantes en los Convenios en que no se encuentra expresamente incluida, siendo este el criterio mantenido por este Tribunal en diversas Resoluciones, entre otras, de 6 de noviembre de 1996», resolución esta confirmada por la SAN de 3 de octubre de 2002⁷⁷. Sin embargo, a partir de la Resolución del TEAC de 8 de septiembre de 2000 el tribunal inició un cambio en su doctrina a favor de las tesis de la interpretación dinámica, declarando que «el artículo 18 del Convenio para evitar la doble imposición (CDI Hispano-Holandés) debe interpretarse de acuerdo con los comentarios del Comité Fiscal de la OCDE en relación con el modelo de Convenio vigente en la actualidad, que permiten cuando la remuneración no es abarcada directamente al artista o deportista, tratar las rentas como si fueran percibidas directamente por el individuo y exigir la renta percibida por la entidad en favor del individuo por razón del espectáculo, aun cuando dicha renta no le sea abonada efectivamente en forma de remuneración».

Por su parte el Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia de 11 de junio de 2008, casando la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2002, anteriormente citada, se muestra, asimismo, decididamente partidario de la interpretación dinámica, declarando que «El art. 18 del Convenio Hispano-Holandés debe pues, ser interpretado a la luz de los comentarios del Comité Fiscal de la OCDE en relación con el Modelo de Convenio vigente en la actualidad. Los propios países integrantes del Comité (y firmantes del Modelo y sus Comentarios) expresamente reconocen la vigencia interpretativa de tales comentarios en relación con cualesquiera de los Tratados fiscales que hubieran sido firmados con anterioridad [...] y teniendo en cuenta que ni España ni Holanda manifestaron ninguna reserva u oposición ni al Preámbulo ni al texto de los Comentarios del art. 17 del Modelo de Convenio, como así deberían haberlo hecho constar si su posición fuera diferente de la que se desprende de estos Comentarios y como así se ha hecho respecto a otros artículos del Modelo de Convenio, resulta que el art. 18 del vigente Convenio Hispanoholandés debe interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17 del Modelo de Convenio de 1992 y sus respectivos Comentarios»⁷⁸, concluyendo a continuación que «la ausencia de dicho segundo párrafo del artículo 17 o cláusula en el Convenio aplicable en este caso no impide al Estado español, habilitado legalmente por su normativa interna y con base en el artículo 18.1 del Tratado Hispano-holandés, gravar rendimientos obtenidos a través de una sociedad interpuesta. A fin de evitar la elusión fiscal por vía de la interposición de entidades no residentes, el modelo de Convenio de la OCDE de 1992, a través de sus Comentarios, permite aplicar la normativa

⁷⁶ *Vid.*, en este sentido, las Resoluciones del TEAC de 20 de octubre de 1992, de 6 de noviembre de 1996, de 20 de noviembre de 1996 y de 26 de mayo de 2000.

⁷⁷ SAN de 3 de octubre de 2002, rec. núm. 226/2002.

⁷⁸ STS de 11 de junio de 2008, rec. núm. 7710/2002, FD séptimo.

interna» (FD undécimo)⁷⁹, doctrina que reitera en las Sentencias de 13 de abril de 2011⁸⁰ y de 28 de marzo de 2012; en esta última declarando, expresamente, su aplicabilidad a los deportistas que tienen cedidos sus derechos de imagen a sociedades cesionarias de los mismos, radicadas en otros países⁸¹.

Un sector importante de la doctrina, sin embargo, se ha mostrado crítico con estos planteamientos jurisprudenciales a favor de la interpretación dinámica, con carácter retroactivo, del contenido de los CDI, especialmente en aquellos casos en los que la disposición no implique tan solo una mera matización de la regulación convencional ya existente sino, por el contrario, una modificación sustancial respecto de lo dispuesto en el MCOUDE anterior, como sería el caso del artículo 17⁸², pues, como escribe RIBES RIBES, «esta no debe aplicarse sistemáticamente, sino en la

⁷⁹ En la citada sentencia el Tribunal declara que: «En relación al párrafo 2 del art. 17 del Modelo de Convenio (que contiene una cláusula expresa contra la utilización de sociedades interpuestas), podemos decir que con él se introduce una cláusula antielusión, que pretende impedir la utilización de sociedades interpuesta no residentes para cobrar las rentas generadas en España por los artistas y deportistas; sin él, esas rentas tributarían, conforme al art. 7 del Modelo de Convenio, en el Estado de residencia de las sociedades. Con la cláusula del párrafo segundo del art. 17 del Modelo de Convenio se levanta el velo de la sociedad y se grava directamente al artista o deportista imputándole las rentas y sujetándole a tributación en el país donde las ha generado [...] El mandato de este Comentario es claro: en el caso de que un Convenio para evitar la doble imposición suscrito por dos Estados no contenga el párrafo 2.º o cláusula antes citada, como es el caso del suscrito entre España y Holanda, los Estados integrantes de la OCDE entienden que si su legislación interna se lo permite, el Estado donde se produzca la actuación puede aplicar directamente lo dispuesto en el núm. 1 del art. 17, es decir, someter a gravamen esas rentas. Quizás pueda apreciarse desde algún sector doctrinal que el razonamiento que nos lleva al acuerdo final va más allá de lo establecido en el acuerdo bilateral suscrito entre España y Holanda ya que no estamos ante una aplicación del texto suscrito si no ante la incorporación por parte de uno de los Estados contratantes –España– de una cláusula que no figura de forma expresa en el Convenio Hispano-Holandés. Pero, sin perjuicio de que se haga preciso revisar el Convenio de constante referencia, una interpretación no forzada del mismo a la luz de los Comentarios del Modelo de Convenio Marco de OCDE de 1992 para evitar la evasión fiscal, en concreto del art. 17, permite concluir que del citado precepto se desprende el principio fundamental de que España dispone de soberanía fiscal para hacer tributar las rentas derivadas de actuaciones artísticas realizadas en su territorio. Tanto en el supuesto de que los artistas hubieran actuado en España por cuenta propia como de forma dependiente de una sociedad, el art. 18 del Convenio Hispano-Holandés permite que el Estado de la fuente en el que se obtienen rendimientos por razón de un espectáculo –en este caso musical–, pueda gravarlos, aun cuando se atribuyan a una entidad distinta del propio artista, con independencia de que exista o no el segundo párrafo del art. 17 del Modelo de Convenio de 1992, siempre que la legislación interna de dicho Estado prevea –desconociendo a efectos fiscales tales entidades interpuestas– dicho gravamen» (FD séptimo).

⁸⁰ STS de 13 de abril de 2011, rec. núm. 456/2006.

⁸¹ STS de 28 de marzo de 2011, rec. núm. 2896/2008, FD undécimo.

⁸² Así, MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., afirma que «La interpretación dinámica de los CDI parece haberse convertido en nuestro ordenamiento en el sustitutivo de la aplicación de las cláusulas internas antielusión o abuso o incluso de las normas en materia de precios de transferencia/operaciones vinculadas, lo cual es lamentable desde un punto de vista de técnica jurídica, pues oculta un desconocimiento de los efectos que los tratados internacionales en materia tributaria pueden producir sobre el Derecho interno, de los efectos que tienen los Comentarios al MC OCDE y cuál es su relación con los CDI anteriores, especialmente cuando se trata de Comentarios como los añadidos en 1992, que difícilmente pueden considerarse como meramente interpretativos, o incluso de la propia naturaleza y efectos de las reglas internas de determinación de la fuente de las rentas», en «El artículo 17 MC OCDE y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2010 (o sobre cómo no aplicar los convenios para la eliminación de la doble imposición y por qué el artículo 17 MC OCDE debería ser eliminado)», *Quincena Fiscal*, 15, 2011, pág. 18; o CALDERÓN CARRERO, para quien, «si un CDI se ha negociado siguiendo una versión del MC OCDE son los comentarios elaborados y publicados en relación con la misma los únicos que deben emplearse en su caso para la interpretación

medida de lo posible, dependiendo de la naturaleza de los cambios que se introduzcan en los nuevos Comentarios y/o en el MC OCDE. Discrepamos, por esta razón, de la decisión adoptada por el TS con ocasión de su Sentencia de 11 de junio de 2008 que, relativa a las rentas percibidas por artistas, aplica indiscriminadamente la teoría de la interpretación dinámica llevándola hasta sus últimas consecuencias, en un supuesto en el que ni siquiera existía la cláusula de sujeción en base a la cual se someten finalmente a tributación en España las rentas obtenidas⁸³. No se trata, pues, de negar la posibilidad de interpretar el contenido de un CDI a la luz del MCOCDE y sus comentarios, aunque sean posteriores a los existentes en el momento de la firma del CDI, sino de «matizar» el alcance de dicha regla que resultaría inaplicable cuando se hubiesen producido «modificaciones sustanciales» en la regulación, siendo este el contexto en que debe centrarse el debate en cada caso.

V. LA EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS DE IMAGEN DE LOS DEPORTISTAS MEDIANTE LA INTERPOSICIÓN DE SOCIEDADES Y EL DELITO FISCAL

La elevada conflictividad puesta de manifiesto entre la administración tributaria y los deportistas profesionales en relación con la tributación de los rendimientos derivados de la explotación de sus derechos de imagen se ha visto trasladada en los últimos años al orden penal, al apreciarse por parte de aquella la concurrencia de dolo en la planificación de determinadas estructuras societarias, mediante la interposición de sociedades domiciliadas en territorios de baja o nula tributación, utilizadas con la finalidad de eludir la carga fiscal en nuestro país por dichos rendimientos, de ahí que sea necesario siquiera una breve referencia al estado de la cuestión en dicho ámbito.

Llama, sin embargo, la atención que, hasta fecha reciente, la práctica totalidad de los procedimientos iniciados por la inspección tributaria finalizaban sin imposición de sanción, y ello a pesar de que en la mayoría de los casos, aunque no se declarase expresamente, se apreciaba la existencia de simulación. La inspección, no obstante, entendía que «no se aprecia la existencia de infracción tributaria grave en relación con los hechos consignados referentes a la cesión de derechos de imagen, y el apartado referente a derechos federativos, por tratarse de la calificación de unas operaciones para

de las disposiciones del convenio suscrito de este modo; emplear los comentarios publicados en relación con versiones posteriores del Modelo de Convenio puede significar tanto como postular la eficacia retroactiva de una norma jurídica sin que tal efecto haya sido determinado y establecido expresamente por el legislador» en «La tributación de los artistas (y deportistas) no residentes en el marco de los Convenios de doble imposición», *op. cit.*, pág. 11. En parecidos términos se han expresado HERNÁNDEZ GALANTE, J.: «Fiscalidad de artistas y deportistas. Aspectos internacionales», *op. cit.*, págs. 978 y ss.; CAZORLA PRIETO y CORCUERA TORRES, *Los impuestos del Deporte*, *op. cit.*, pág. 269; MAGRANER MORENO, F.: *Tributación de artistas y deportistas*, CISS, Valencia, 1995, págs. 40-42; PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: «La tributación de los derechos de imagen de los deportistas vinculados por relaciones laborales», *op. cit.*, págs. 31 y ss.; TOVILLAS MORÁN, J. M.: «Comentarios a la calificación jurisprudencial de las rentas por explotación de derechos de imagen», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol. II, 2003, pág. 2.204; RELEA SARABIA, A.: *El régimen jurídico tributario de las retribuciones de los futbolistas*, *op. cit.*, págs. 305-306.

⁸³ «Límites a la interpretación dinámica de los convenios de doble imposición internacional: el caso ING», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, 1, 2016, pág. 9.

cuya aclaración se ha precisado la solicitud de informes y dictámenes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 77 y 79 de la LGT⁸⁴, o bien, consideraba que «por lo que se refiere a la conducta consistente en la no aplicación del régimen de imputación de derechos de imagen, no se aprecia culpabilidad, [...] al no ser posible exigir al obligado tributario un conocimiento tan amplio y exhaustivo de la normativa tributaria aplicable en este caso, no se aprecia una conducta negligente merecedora de sanción»⁸⁵, llegándose a anular por los tribunales la sanción en algunos casos impuesta⁸⁶.

Sin embargo, como hemos apuntado, en los últimos años, conductas similares han acarreado la remisión de los expedientes al fiscal al apreciar la existencia de simulación en los contratos de cesión de dichos derechos. Aunque hasta el momento presente no hemos encontrado jurisprudencia de la Audiencia Nacional ni del Tribunal Supremo directamente relacionada con los supuestos que nos ocupan, sí hay ya, al menos, tres pronunciamientos de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de enero, 5 de julio y 14 de diciembre de 2016, en los que se han dictado sendas condenas por delito contra la Hacienda pública como consecuencia de haber apreciado simulación en la cesión de los derechos de imagen a sociedades instrumentales radicadas en jurisdicciones de conveniencia o paraísos fiscales⁸⁷.

De las tres sentencias dictadas, dos de ellas, la de 21 de enero y 14 de diciembre se dictaron de conformidad con las partes por lo que el tribunal se limitó a dictar sentencia de acuerdo con lo solicitado. Es, pues, la tercera, de 5 de julio de 2016, la única que ha entrado a exponer los fundamentos doctrinales y legales relativos a la calificación de los hechos. La sentencia condena al acusado por tres delitos contra la Hacienda pública por eludir la tributación de los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen correspondiente a los ejercicios de 2007, 2008 y 2009. El acusado, deportista profesional residente en España, diseñó un complejo montaje societario con entidades de su propiedad, o de familiares cercanos, radicadas en jurisdicciones de conveniencia y territorios de baja o nula tributación con las que se llevaban a cabo sucesivas cesiones de los derechos de imagen del jugador, de forma gratuita o por precios sim-

⁸⁴ Así consta en los hechos de la SAN de 30 de mayo de 2007, rec. núm. 306/2004.

⁸⁵ Así consta en los hechos de la Resolución del TEAC de 5 de noviembre de 2013.

⁸⁶ La SAN de 30 de mayo de 2007, rec. núm. 351/2004, anuló la sanción, en este caso impuesta por la inspección, con base en que «No es de recibo, por tanto, al margen de toda otra consideración, aceptar que el sancionado no se ampara en una interpretación razonable de las normas cuando la propia Administración, respecto de situaciones idénticas, tanto en relación con la entidad aquí recurrente como respecto a otras sociedades deportivas (cabe citar por todas la Sentencia de esta Sala de 1 de febrero pasado –recurso 244/04–) no ha considerado procedente sancionar, lo que es índice suficiente de la falta de sustentación jurídica de la sanción impuesta por tales conceptos que, además, no son en modo alguno pacíficos» (FJ décimo). La STSJ de Cataluña de 17 de abril de 2013, rec. núm. 471/2010, en la misma línea, anula la sanción al considerar que no se motivó suficientemente la culpabilidad.

⁸⁷ Aunque la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el año 2006, abordó un asunto relacionado con los derechos de imagen de un deportista en su Sentencia de 29 de septiembre, desestimando un recurso de apelación contra una condena por delito contra la Hacienda pública por haber omitido en la declaración del IRPF los rendimientos derivados de la cesión de unos derechos de imagen del deportista; la condena no se fundamentó en la existencia de simulación de los contratos, sino lisa y llanamente en la falta de declaración de los rendimientos, que, aun percibidos por una sociedad interpuesta, debieron imputarse al deportista al superar el 15% de la totalidad de las contraprestaciones satisfechas por el club al jugador y sociedad cesionaria de los derechos.

bólicos. Estas sociedades eran las que posteriormente obtenían los ingresos por la cesión de los derechos de imagen del deportista a distintas entidades comerciales y al propio club. Al tratarse de entidades no residentes, la aplicación de los CDI correspondientes permitía que dichas rentas, que finalmente revertían al jugador a través de una sociedad de la que era el único propietario, no tributasen en España y prácticamente en ninguna de las jurisdicciones por las que circulaban.

El tribunal asume los planteamientos de la Agencia Tributaria, que sostuvo la existencia de simulación absoluta en la cesión de los derechos de imagen del jugador, considerando elementos indiciarios determinantes de la misma, la inexistencia de precio o lo ridículos de los mismos en la cesión de los derechos, la participación del jugador en los sucesivos contratos de cesión de unos derechos que ya no ostentaba, la falta de infraestructura de las sociedades cesionarias para llevar a cabo la gestión de las prestaciones que les eran contractualmente encomendadas, el establecimiento de las sociedades participantes en la compleja trama en jurisdicciones de conveniencia, sociedades todas ellas controladas por el jugador o su familia a quienes revertían finalmente las cantidades derivadas de la explotación de los citados derechos. Del conjunto de elementos enumerados, el tribunal considera que «los contratos por los que el jugador cedía sus derechos de imagen encerraban una finalidad muy distinta a la reflejada en su redactado, sin auténtica voluntad de transmisión de esos derechos. Por tanto estaríamos en presencia de una causa aparente del contrato, ya que lo realmente pretendido sería la ocultación al fisco español de los ingresos que se generan con la explotación de los derechos que, en realidad, revertían al propio jugador».

Como consecuencia de la consideración de los contratos de cesión de los derechos de imagen como simulados, que no son sino mera apariencia y carecen de eficacia, la administración entiende, y el tribunal confirma, que todos los derechos de imagen del jugador deben tributar en su base imponible del IRPF, distinguiendo, por un lado, los rendimientos obtenidos por las cesiones efectuadas a distintas entidades comerciales que deben tributar como rendimientos del capital mobiliario al no ser obtenidos en el ámbito de una actividad económica, que se integrarán en la base imponible general del IRPF y procediendo la deducción de la cuota de los impuestos satisfechos en el extranjero; y, por otro lado, las cantidades percibidas del propio club con el que el deportista mantenía una relación laboral por la cesión de su imagen exclusivamente como jugador del club, que al no superar el 15% del total de las cantidades satisfechas al deportista no le son imputadas al mismo por aplicación del régimen especial del artículo 92 de la LIRPF.

El tratamiento que por parte de la sentencia se le da a la calificación de las distintas rentas a efectos tributarios se corresponde con los planteamientos que hemos descrito en los apartados anteriores, si bien, el elemento determinante de su imputación al deportista es la apreciación de simulación de los contratos mediante los que el jugador cedía sus derechos de imagen a determinadas entidades, lo que plantea cuestiones distintas relacionadas con la declaración de simulación, recurso este que, como hemos destacado en otro lugar⁸⁸, tanto la administración como los tribunales de lo contencioso suelen emplear con excesiva frecuencia hasta el punto de que suele ser la calificación

⁸⁸ *Id.*, sobre la cuestión, RAMÍREZ GÓMEZ, S.: «La simulación en el ámbito tributario: estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia reciente», *Quincena Fiscal*, 8, 2017.

otorgada en casi todos los casos en los que aparece un complejo negocial considerado inusual y que arroje un ahorro o reducción de la carga fiscal, aun cuando nada se oculte y todos los negocios realizados se consideren válidos y eficaces, desplazando en muchos casos el expediente en el que dichas conductas deberían ser calificadas, el del conflicto en la aplicación de la norma. En nuestra opinión no ocurre así en el caso enjuiciado por este tribunal, en el que los numerosos indicios utilizados sí guardan una estrecha relación con la verdadera naturaleza jurídica de los contratos analizados, pudiendo inferirse razonablemente de todos ellos la inexistencia o falsedad de la causa de los negocios en cuestión, así como el único propósito de ocultar dichas rentas a la administración tributaria para evadir el pago de los impuestos correspondientes, lo que obliga a concluir la existencia de simulación.

Bibliografía

- ALMUDÍ CID, J. M. y SERRANO ANTÓN, F. [2005]: «La fiscalidad internacional de los artistas y deportistas: especial referencia al artículo 17 del MCOODE», *Revista Jurídica del Deporte*, 13.
- BANACLOCHE PALAO, C. [2006]: «Tributación de las cantidades satisfechas por los clubes de fútbol a las sociedades cesionarias de los derechos de imagen de los deportistas», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 17.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [2001]: «La tributación de los artistas (y deportistas) no residentes en el marco de los Convenios de doble imposición», *Carta Tributaria-Monografías*, 14.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2016]: «La fiscalidad de los no residentes en España (VII): cánones», en *Manual de Fiscalidad Internacional*, Ignacio CORRAL GUADAÑO (dir.), vol. I, IEF, Madrid.
- CAZORLA PRIETO y CORCUERA TORRES [1999]: *Los impuestos del Deporte*, Aranzadi, Pamplona.
- CHECA GONZÁLEZ, C. [2002]: *El Impuesto sobre la renta de no residentes*, 2.ª ed., Aranzadi.
- CORDERO SAAVEDRA, L. [2002]: «Las rentas por cesión de derechos de imagen. Calificación en el derecho interno y en los Convenios para evitar la doble imposición», *RDFHP*, 264.
- DELGADO PACHECHO, A. [2013]: «El régimen de los cánones en la fiscalidad internacional: Cuestiones especialmente debatidas en España», en *Fiscalidad Internacional*, Fernando SERRANO ANTÓN (coord.), 5.ª ed., CEF, Madrid.
- FALCÓN Y TELLA, R. [1998]: «El régimen tributario de los derechos de imagen de futbolistas y deportistas», *Civitas, Revista de Derecho Deportivo*, 9.
- [2000]: «La posible inconstitucionalidad del régimen de imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen», *Quincena Fiscal*, 10.
 - [2008]: «La STS 1 julio 2008 y la retribución de los derechos de imagen de deportistas profesionales», *Quincena Fiscal*, 19.
- HERNÁNDEZ GALANTE, J. [2013]: «Fiscalidad de artistas y deportistas. Aspectos internacionales», en *Fiscalidad Internacional*, Fernando SERRANO ANTÓN (coord.), vol. 1, 5.ª ed., CEF, Madrid.
- HERRERA MOLINA, P. M. [2001]: «Rentas imputadas por derechos de imagen (problemas constitucionales y de carácter internacional)», *Revista Técnica Tributaria*, 54.
- JIMÉNEZ COMPAIRED, I. [2001]: *El régimen tributario de la explotación comercial de la propia imagen*, Marcial Pons, Madrid.

MAGRANER MORENO, F. [1995]: *Tributación de artistas y deportistas*, CISS, Valencia.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. [2011]. «El artículo 17 MC OCDE y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2010 (o sobre cómo no aplicar los convenios para la eliminación de la doble imposición y por qué el artículo 17 MC OCDE debería ser eliminado)», *Quincena Fiscal*, 15.

MENÉNDEZ MORENO, A. [2000]: «Los derechos de imagen en la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en *Estudios del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Lex Nova, Valladolid.

– [2015]: «La calificación de los derechos de imagen de los deportistas en el IRPF», *Quincena Fiscal*, 10.

MERINO JARA, I. [1999]: «Tributación de los derechos de imagen», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura.

ORTIZ CALLE, E. [2009]: «Las rentas derivadas de la cesión de derechos de imagen de los deportistas profesionales: su discutida calificación Jurídico-Tributaria», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 26.

PEDREIRA MENÉNDEZ, J. [2001]: «La tributación de los derechos de imagen de los deportistas vinculados por relaciones laborales», *RCyT. CEF*, 214.

PLAZA DE DIEGO, M. A. [2005]: *Fiscalidad del derecho a la propia imagen. Especial referencia a los deportistas profesionales*, IEF, Madrid.

QUINTANA FERRER, E. [2008]: «Régimen fiscal de los deportistas», en *Fiscalidad del deporte*, Bosch, Barcelona.

RAMÍREZ GÓMEZ, S. [2017]: «La simulación en el ámbito tributario: estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia reciente», *Quincena Fiscal*, 8.

RELEA SARABIA, A. [2007]: *El régimen jurídico tributario de las retribuciones de los futbolistas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

RIBES RIBES, A. [2016]: «Límites a la interpretación dinámica de los convenios de doble imposición internacional: el caso ING», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, 1.

RODRÍGUEZ LOSADA, S. [2009]: «Al hilo de los derechos de imagen de deportistas profesionales: calificación de estas rentas desde la perspectiva interna e internacional», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 27.

– [2012]: «Interpretación dinámica de los convenios para evitar la doble imposición en relación con las rentas de artistas y deportistas», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 35.

RODRÍGUEZ SANTOS, F. J. [1999]: «Los derechos de imagen en el nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *CT*, 89.

SÁNCHEZ PINO, A. J. [2016]: «La tributación de los deportistas en el IRPF», en *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Homenaje al profesor Dr. D. Juan Calero*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.

SOLER ROCH, M.^a T. y NÚÑEZ GRAÑÓN, M. [2013]: «El Impuesto sobre la Renta de No Residentes: Hecho imponible y criterios de sujeción», en *Fiscalidad Internacional*, Fernando SERRANO ANTÓN (coord.), CEF, Madrid, pág. 44.

TOVILLAS MORÁN, J. M. [2001]: *El tratamiento tributario del derecho de imagen*, Marcial Pons, Madrid.

– [2003]: «Comentarios a la calificación jurisprudencial de las rentas por explotación de derechos de imagen», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol. II.

DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL «AGRESIVA» HACIA UNA PLANIFICACIÓN «SUSTANTIVA»: ¿ES ESTE EL NUEVO PARADIGMA?

Elizabeth Gil García

*Investigadora Doctora. Área de Derecho Financiero y Tributario.
Facultad de Derecho. Universidad de Alicante*

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

El presente trabajo aborda el nuevo paradigma hacia el que camina la fiscalidad internacional, centrando el análisis en el refuerzo del requisito de sustantividad en los actuales estándares internacionales. Dada la globalización de la economía y las complejas estructuras empresariales, los Estados han adoptado medidas que eviten la erosión de las bases imponibles y el desplazamiento de beneficios (BEPS). Los Planes de Acción promovidos por la OCDE y la UE están impulsando medidas para abordar, de manera global, aquellas prácticas fiscales perjudiciales que permiten a los grupos multinacionales llevar a cabo una planificación fiscal «agresiva». Estos Planes de Acción no son proyectos antiincentivos, no obstante influyen de manera significativa en la configuración de los regímenes tributarios especiales. El mencionado requisito de sustantividad tiene especial relevancia en los regímenes de *patent box*, considerados un estímulo a la innovación a la par que una fuente de planificación fiscal «agresiva». Atendiendo a la estrategia promovida por la UE para acabar con esa planificación fiscal agresiva, cabe plantearse si el nuevo paradigma hacia el que nos dirigimos no es su eliminación, sino su transformación en planificación «sustantiva».

Palabras clave: planificación fiscal, sustancia, BEPS y *patent box*.

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

FROM THE «AGGRESSIVE» TAX PLANNING TOWARDS A «SUBSTANTIAL» TAX PLANNING: A NEW PARADIGM?

Elizabeth Gil García

ABSTRACT

This work analyses the new paradigm of the International Taxation as a result of the reinforcing of the substance requirement. Due to the globalisation and the complex business structures, countries have implemented measures to prevent base erosion and profit shifting (BEPS). Action Plans promoted by the OECD and the EU are addressed to tackle globally tax harmful practices that allow multinational groups to carry out «aggressive» tax planning. BEPS initiatives are not anti-incentives projects, but they may influence in the design of preferential tax regimes. The substance requirement has special relevance in the frame of patent box regimes as they can promote both innovation and tax planning structures. According to the EU strategy to neutralise «aggressive» tax planning, the question that arises is if we are on the way to turn it into a «substantial» tax planning.

Keywords: tax planning, substance, BEPS and patent box.

Sumario

- I. Introducción
- II. La elusión fiscal internacional. Especial referencia a los regímenes de I+D+i
 1. El fenómeno BEPS y las prácticas fiscales abusivas
 2. Los regímenes de *patent box*: ¿Caja de la innovación o de Pandora?
 3. La presencia de actividad sustantiva detrás del régimen de *patent box*: El enfoque del nexo
- III. La estrategia de la Unión Europea frente a la elusión fiscal: *Quo vadis?*
 1. El Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas
 2. La planificación fiscal «agresiva» y la Recomendación de la Comisión Europea 2012/772/UE
 3. El Plan de Acción de la Unión Europea contra las prácticas fiscales elusivas, ¿última parada?
- IV. Reflexión final

Bibliografía

NOTA: Investigadora doctora (PROMETEO 2016/053) del grupo de investigación «Derecho Financiero y Tributario» de la Universidad de Alicante. Este trabajo ha sido desarrollado en el marco de los proyectos de investigación: «El Plan de Acción europeo contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y su incidencia en el ordenamiento tributario español» (DER2015-64816-P) y «La seguridad jurídica en el ordenamiento tributario español» (DER2015-68072-P), financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO).

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno BEPS generado principalmente por los grupos multinacionales hacia las jurisdicciones fiscales de baja o nula tributación constituye un problema de gran dimensión global, dado que socaba los principios de justicia tributaria y, al mismo tiempo, supone una competencia empresarial desleal con otros contribuyentes que, por su dimensión nacional, no pueden llevar a cabo tales prácticas. Tanto la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) como la Unión Europea (UE) están impulsando medidas para abordar, de manera global, aquellas prácticas fiscales perjudiciales que permiten a los grupos multinacionales llevar a cabo esa planificación fiscal agresiva.

Uno de los pilares es reforzar los requisitos de sustantividad en los actuales estándares internacionales. De modo que la tributación de los beneficios esté vinculada con el lugar en el que se ha llevado a cabo la actividad económica sustantiva. Este requisito tiene especial relevancia en los regímenes de *patent box*, cuya «supervivencia» pasa por adecuarse al enfoque del nexo previsto en el Informe Final de la Acción 5, y a cuyo acuerdo ha llegado el Grupo «Código de Conducta sobre Fiscalidad de las Empresas». Con ello se pretende que exista un vínculo entre las ventajas fiscales conferidas por este tipo de regímenes y las actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica (en adelante I+D+i) subyacentes.

De esta forma, aunque los Planes de Acción promovidos por la OCDE y la UE no son proyectos antiincentivos, tienen efectos indirectos en la configuración de los regímenes de *patent box*. Esto es, la introducción de medidas que contrarresten los efectos BEPS suelen llevar aparejado el incremento de la carga fiscal o la imposición de mayores obligaciones a aquellos contribuyentes que llevan a cabo proyectos de I+D+i.

En el marco de la Unión Europea, la Comisión propone el relanzamiento de la base imponible común consolidada del impuesto sobre sociedades (BICCIS) como solución global al traslado artificioso de beneficios. En este Plan de Acción, acuñado con el término *EU-BEPS*, se observan cinco ámbitos de actuación fundamentales. Entre ellos, cabe destacar el objetivo de garantizar la imposición allí donde los beneficios se generen; debiendo basarse, por ende, los regímenes de *patent box* en el enfoque del nexo. No obstante ello y teniendo en cuenta que un gran número de regímenes de *patent box* operan a nivel de base –como es el caso de España o Bélgica–, se observa cierta incertidumbre respecto de la posición de esos regímenes de *patent box* en el caso de la adopción de la BICCIS.

II. LA ELUSIÓN FISCAL INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGÍMENES DE I+D+I

1. EL FENÓMENO BEPS Y LAS PRÁCTICAS FISCALES ABUSIVAS

Tradicionalmente, los Estados han considerado la planificación fiscal como una práctica legítima. De hecho, nótese que, en España, el Tribunal Supremo entiende la planificación fiscal legítima como «economía de opción», esto es, la posibilidad de elegir «lícitamente entre diversas alternativas jurídicas en función de su menor carga fiscal», de forma que «la economía de opción termina donde empieza la elusión fiscal» y «se basa en las posibilidades derivadas de la libre configuración negocial», sin que ello implique «desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias» (SSTS de 30 de mayo de 2011 y 9 de febrero de 2015). Por lo tanto, la validez de la planificación fiscal va anudada a la existencia de un motivo económico válido.

No obstante, desde el primer modelo de convenio en el año 1869, la economía ha ido evolucionando hasta convertirse en global, digital y móvil generando la erosión de las bases imponibles y trasladando los beneficios a territorios de baja o nula tributación, o con regímenes tributarios más ventajosos. En efecto, la concesión de un beneficio fiscal supone una ventaja para el contribuyente, pero, al mismo tiempo, una pérdida en términos de ingresos para el Estado. Se plantea un coste adicional del incentivo¹ cuando esa pérdida de ingresos viene determinada por una práctica abusiva del contribuyente que, a fin de evitar la tributación de ciertas actividades o rentas, erosiona la base imponible y traslada los beneficios.

En este contexto, marcado por la economía digital y la dimensión global de las transacciones, la OCDE, por impulso político del G20, aborda tales prácticas abusivas a partir del *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)². Puede decirse que se trata de un ambicioso proyecto que, a través de 15 acciones, ha abordado una de las reformas de la fiscalidad internacional más importantes. Aunque se habían abordado determinadas materias, como los precios de transferencia, no había habido una reforma integral hasta ahora. En septiembre de 2013 se lanzó este Plan de Acción que pretendía atacar BEPS a través de puntos estratégicos. Ello se ha efectuado de manera rápida, pues el proceso ha concluido en dos años –si bien, aún hay mucho por hacer, pues queda pendiente la implementación de las recomendaciones y propuestas realizadas en los informes finales («etapa post-BEPS»)–. Los documentos publicados el 5 de octubre de 2015 son informes con valor de *soft law*, aprobados los días 21 y 22 de octubre de 2015 por el Comité

¹ Vid. EASSON, A. y ZOLT, E. M.: «Tax Incentives», *World Bank Institute*, 2002, pág. 11.

² OECD (2013): *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, París. Vid. AULT, H. J.; SCHÖN, W. y SHAY, S. E.: «Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 6/7, 2014, págs. 275-279; BRAUNER, Y.: «BEPS: An Interim Evaluation», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1, 2014, págs. 10-39; BRAUNER, Y.: «What the BEPS?», *Florida Tax Review*, vol. 16, n.º 2, 2014, págs. 55-115; CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones ("BEPRS"): ¿Final, el principio del final o el final del principio?», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, 2014, págs. 87-115; *inter alia*.

de Asuntos Fiscales (CAF) de la OCDE. En segundo lugar, se ha tratado de un proceso inclusivo, dado que la OCDE y el G20 han trabajado conjuntamente, estando también involucrados 14 países en vías de desarrollo y hasta 60 países en desarrollo han participado a través de redes regionales. Por último, la elaboración de los informes finales se ha caracterizado por la transparencia, pues los borradores y documentos preliminares han sido sometidos a información pública.

Como ya se ha advertido, resulta relativamente sencillo para el sujeto pasivo transferir sus rentas, especialmente cuando se trata de dividendos, intereses y cánones, a una empresa extranjera y, por ende, retrasar la tributación o incluso evitar la misma en su Estado de residencia³. Ello se une a las dificultades para definir elusión fiscal (*tax avoidance*), puesto que cada Estado tiene su posición acerca de qué es y cómo afrontarla⁴. La autonomía negocial y personalidad jurídica, unido a la pluralidad de jurisdicciones fiscales, permiten que el contribuyente pueda planificar su actividad económica aprovechando la vulnerabilidad y deficiencias del sistema tributario, o bien las incongruencias existentes entre dos o más jurisdicciones.

La planificación fiscal ha desembocado en estructuras empresariales cada vez más sofisticadas y complejas. Pudiendo hablar, entonces, de planificación fiscal agresiva. Esto es, como apunta la Comisión, el aprovechamiento de los aspectos técnicos de un sistema tributario o de los desajustes entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la responsabilidad tributaria⁵. En tales prácticas influyen la diversidad de los sistemas tributarios de las distintas jurisdicciones, la presencia de regímenes tributarios favorables a la realización de determinadas actividades económicas (o ciertos grupos de sujetos), la existencia de territorios de baja o nula tributación y los convenios para evitar la doble imposición internacional (CDI) –esto es, el *treaty shopping* y otros usos impropios de los CDI–.

La existencia de regímenes preferenciales que pueden favorecer este tipo de prácticas, especialmente en el contexto de la propiedad industrial, es una realidad innegable. A ello contribuye la consideración de la propiedad industrial como un activo altamente valorado por las empresas y su facilidad para desplazarlo de un territorio a otro⁶. Por ejemplo, las actividades y procesos de I+D+i son llevados a cabo en una jurisdicción, mientras que el resultado de las mismas se sitúa en jurisdicciones de baja tributación o que establecen ciertos regímenes especiales, como el *patent box*.

Los Estados se encuentran en la disyuntiva de facilitar los negocios y las transacciones internacionales de sus residentes evitando en la medida de lo posible supuestos de doble imposición

³ AIGNER, H. J.; SCHEUERLE, U. y STEFANER, M.: «General Report» en LANG, M. *et al.*: *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Linde verlag Wien y Kluwer Law International, Londres, 2004, págs. 15-16.

⁴ EASSON, A. y ZOLT, E. M.: «Tax Incentives», *ob. cit.*, pág. 31. En el caso español, no existe una definición legal ni reglamentaria de elusión fiscal, sino que esta puede inferirse de las distintas cláusulas, generales o específicas, que coexisten en el sistema tributario español.

⁵ *Commission Recommendation C-(2012) 8806 final of 6.12.2012 on aggressive tax planning*, Bruselas, 2012, pág. 2.

⁶ SPENGLER, C. *et al.*: «Profit Shifting and "Aggressive" Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform», *ZEW Discussion Paper*, n.º 078, 2013, pág. 2 (<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13078.pdf>).

internacional de las rentas procedentes de otra jurisdicción y, por otra parte, evitar los supuestos de elusión fiscal mediante el establecimiento de normas antiabuso generales y de carácter especial, tanto en la normativa interna como en los tratados de doble imposición⁷. Se trata, pues, de mantener el equilibrio entre, por una parte, el fomento y el levantamiento de obstáculos en relación con actividades de interés general –como la I+D+i– y, por otra, la salvaguarda de las bases imponibles en el territorio en el que ha tenido lugar la creación de valor.

2. LOS REGÍMENES DE *PATENT BOX*: ¿CAJA DE LA INNOVACIÓN O DE PANDORA?

El fomento de las actividades de I+D+i es una constante en las políticas científicas y económicas de todos los Estados modernos. El interés de incrementar la inversión privada en actividades de I+D+i radica en su consideración como clave de la productividad y del crecimiento⁸, constituyendo, así, base del progreso y bienestar social de un país⁹. Ello puede servir como justificación para financiar actividades científicas y empresariales que pueden favorecer la innovación y, por ende, la acumulación de valiosos activos intangibles¹⁰.

En el caso de España, durante varios años, se ha puesto de manifiesto que era uno de los países desarrollados que menos inversiones había dedicado a la I+D+i, comparado con la media de los países europeos¹¹. A ello podemos unir el hecho de que la investigación se ha realizado

⁷ PALOMERO ÁLVAREZ-CLARO, R.: «Las medidas antiabuso en la fiscalidad internacional», *Cuadernos de Formación IEF*, Colaboración 12/12, vol. 15, 2012, pág. 125.

⁸ OECD (2002): *Tax Incentives for Research and Development: Trends and Issues*, OECD Publishing, París, pág. 2; OECD (2013): *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, París, pág. 17; COMISIÓN EUROPEA: *A study on R&D Tax Incentives. Final Report*, Taxation Papers -Working Paper n.º 52, Luxemburgo, 2014, pág. 38.

⁹ *Vid.* CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA, M. B.: «Incentivos fiscales a la I+D en la OCDE: estudio comparativo», *Cuadernos Económicos de ICE*, n.º 73, Ministerio de Economía y Competitividad, 2007, pág. 197.

¹⁰ ARGINELLI, P.: «Innovation through R&D Tax Incentives: Some Ideas for a Fair and Transparent Tax Policy», *World Tax Journal*, vol. 7, n.º 1, 2015, pág. 5.

¹¹ En la siguiente tabla pueden verse los objetivos marcados para el año 2020 de varios Estados miembros respecto de I+D, así como la situación a noviembre de 2014.

Objetivos 2020	I+D noviembre 2014 (en % PIB)	I+D 2020 (en % PIB)
Austria	2,81 %	3,76 %
España	1,24 %	3 %
Francia	2,23 %	3 %
Países Bajos	1,98 %	2,5 %

Fuente: elaboración propia a partir de datos Eurostat.

prioritariamente desde el sector público, mientras que nuestras empresas han sido básicamente importadoras de tecnología¹². Cabe entender la investigación como una de las necesidades que debe satisfacer el sector público¹³, pero no únicamente por medio de la formación de investigadores y de la asignación de recursos a centros públicos de investigación, sino fomentando también la investigación realizada desde el sector privado.

Los incentivos fiscales intentan estimular que el sector privado invierta en I+D+i, pero al mismo tiempo llevan aparejada la pérdida de ingresos públicos.

Una vez finalizado el proceso de I+D+i, en el caso de haber obtenido un intangible, su rendimiento podrá ser objeto de gravamen o bien susceptible de beneficiarse de algún tratamiento fiscal especial (*output incentive*)¹⁴. Tan importante resulta promover la inversión en procesos de innovación tecnológica como la explotación de los resultados de la I+D+i, puesto que la ausencia de incentivos puede derivar en un bajo registro de patentes y una baja comercialización de nuevos productos¹⁵. Se trata, pues, en esta fase del proceso de I+D+i de dar un tratamiento preferente a las rentas derivadas de la propiedad industrial, justificando dicho trato en el interés de los Estados por atraer determinadas actividades económicas, evitar la deslocalización de las patentes u otros derechos de propiedad industrial generados en su territorio, así como resultar más competitivos en un mundo cada vez más globalizado¹⁶.

¹² Conforme a la Encuesta sobre Estrategias Empresariales (*Las empresas industriales en 2013. Evaluación de la crisis e Índice de Competitividad de la Empresa Industrial, ICEMPI*) realizada por la Fundación SEPI (febrero 2015), en 2013 el gasto medio de las PYME (empresas industriales de 200 y menos trabajadores) en importación de tecnología fue de 12,5 mil euros, con 2,2 mil euros de exportación de tecnología. Igualmente, la balanza comercial en tecnología también resultó desfavorable para la gran empresa industrial (más de 200 trabajadores), con unas importaciones medias ligeramente superiores a 2,2 millones de euros, que en el caso de las exportaciones se situaron en poco más de 455 mil euros. Por otro lado, según la *Encuesta sobre Innovación en las empresas 2014* elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), un total de 18.511 son empresas innovadoras (13,26%), 859 menos que en 2013 y 2.304 menos que en 2012 (estos datos se encuentran disponibles en el sitio web del INE: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft14%2Fp061&file=inebase&L=0> [fecha consulta: 27 de marzo de 2016]).

¹³ Con base en el artículo 44.2 de la Constitución española, los poderes públicos promoverán «la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general».

¹⁴ De manera simple, diríamos que consiste en la actividad de convertir las ideas en innovaciones.

¹⁵ Tal es el caso que PANTALEO, N.; POSCHMANN, F. y WILKIE, S. apuntan qué ocurre en Canadá; por lo que sugieren la introducción de menos incentivos para desarrollar I+D+i y más para la adopción, comercialización o explotación de los resultados de aquella (PANTALEO, N.; POSCHMANN, F. y WILKIE, S.: «Improving the Tax Treatment of Intellectual Property Income in Canada», *Commentary No. 379, Fiscal and Tax, Policy*, C.D. Howe Institute, 2013, pág. 2).

¹⁶ En la sociedad actual, dado el predominio de la tecnología y la intensa producción de bienes intelectuales y servicios, se puede hablar de una *sociedad de los intangibles*, en virtud de la desmaterialización creciente que se está viviendo en múltiples sectores de la actividad (TAVEIRA TORRES, H.: «Tributación de intangibles» (Relatoría General), en SERRANO ANTÓN, F.; SIMÓN ACOSTA, E. y TAVEIRA TORRES, H.: *Fiscalidad y globalización*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 1.126).

El denominado «*IP box regime*» o régimen del *patent box* se sitúa como figura central dentro de los incentivos a la I+D+i sobre la renta o el resultado. A grandes rasgos, el *IP box* supone una reducción del gravamen para aquellos operadores económicos que desarrollen nuevos productos y procesos protegidos por los derechos de propiedad industrial, o para llevar a cabo determinados servicios¹⁷. En efecto, el objetivo de los *IP boxes* es conceder un incentivo adicional a las empresas para conservar y comercializar las patentes existentes y desarrollar nuevos e innovadores productos patentables¹⁸.

Actualmente, se trata de un incentivo básicamente europeo, pues hasta doce Estados miembros han introducido e implementado este tipo de medidas para estimular, además de actividades de I+D+i, la transferencia de tecnología, así como para atraer patentes y otros intangibles a sus territorios¹⁹. Los regímenes de *patent box* aparecieron por primera vez en Francia e Irlanda alrededor de los años setenta²⁰.

Este tipo de incentivo versa, pues, sobre la renta procedente o generada por activos derivados del proceso de investigación, transferencia e innovación. Y es en este extremo donde difieren de los *input incentives*, pues mientras que estos suponen un apoyo para una inversión mayor en I+D+i, los *output incentives* representan un incentivo adicional para la subsecuente explotación o desarrollo de los resultados obtenidos en el anterior proceso. De esta forma, la obtención de un determinado resultado patentable supone la culminación exitosa de la actividad científica e investigadora. En el caso de explotar dicho activo directamente, ceder su uso o transmitirlo a un tercero, se está obteniendo una renta susceptible de ser gravada. A fin de estimular tales usos, el *patent*

¹⁷ FELDER, M.: *IP Boxes from a European, Liechtenstein and Swiss Perspective*, Schulthess Verlag, Zúrich, 2013, pág. 1.

¹⁸ PÉREZ BERNABEU, B.: «R&D&I Tax Incentives in the European Union and State Aid Rules», *European Taxation*, vol. 54, n.º 5, 2014, pág. 181.

¹⁹ Estos doce países son Bélgica, Chipre, España, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Reino Unido e Irlanda, que ha introducido recientemente el *knowledge development box*. También en 2011, Liechtenstein y el cantón suizo de Nidwalden introdujeron el régimen del *patent box*. Por su parte, Suiza está llevando a cabo una reforma fiscal que incluye un fuerte paquete en I+D, recogiendo una propuesta de *patent box* basado en la existencia de un nexo y la posibilidad de que los cantones suizos puedan introducir *input incentives*. Por otro lado, Estados Unidos ha lanzado, en julio de 2015, un *discussion draft* con objeto de introducir un régimen de *patent box* (<http://waysandmeans.house.gov/wp-content/uploads/2015/07/Innovation-Box-2015-Bill-Text.pdf> [fecha consulta: 7 de enero de 2016]). De los 28 Estados miembros de la UE, todos, salvo Alemania y Estonia, incluyen algún tipo de incentivo fiscal a la I+D+i. En concreto, el ministro de Finanzas alemán Wolfgang Schäuble criticó, en julio de 2013, el régimen del *patent box*, señalando que el mismo es contrario al espíritu europeo y su único objetivo es atraer compañías (<http://uk.reuters.com/article/2013/07/09/uk-europe-taxes-idUKBRE9680KY20130709> [fecha consulta: 29 de junio de 2015]). Aunque hablamos de un régimen propio de la UE, conforme a la «Table(1)» del *Taxation Papers, Working Paper*, n.º 57, 2015 de la Comisión Europea, China cuenta con un *patent box* respecto de patentes, diseños y modelos y *software*. Dicho régimen fue introducido, según la «Table(2)» del mismo documento, en 2007 y cubre los intangibles preexistentes, así como adquiridos. Respecto a las rentas, están incluidas las ganancias de capital y también la renta derivada de la venta de productos innovadores (*embedded royalties*). Siendo posible también que la I+D haya sido realizada fuera (o dentro del grupo), siempre y cuando al menos un 60% haya sido llevada a cabo en China.

²⁰ COMISIÓN EUROPEA: *Patent Boxes Design, Patents Location and Local R&D*, Taxation Papers-Working Paper n.º 57, Luxemburgo, 2015, pág. 8.

box se presenta como un régimen especial, dado el tratamiento que reciben las rentas derivadas de determinados intangibles. Además de ello, puede decirse que uno de los aspectos más relevantes de este incentivo es que sitúa a la actividad innovadora como un auténtico bien comercial²¹.

Ha de tenerse en cuenta que el *patent box* introduce un tratamiento preferencial para las rentas derivadas de ciertos intangibles o invenciones que ya gozan de la protección de los derechos de propiedad industrial. En efecto, con base en el artículo 4 de la Ley de patentes²², son patentables todas aquellas invenciones que sean nuevas, impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. El derecho de patente permite al inventor, por un periodo limitado (en general, 20 años), impedir que otros hagan uso o vendan su invención sin su consentimiento en aquellos países en los que se ha concedido la patente. El desarrollo y la generación de intangibles son relevantes socialmente, de ahí que el Derecho preste su atención a la propiedad industrial. A través del derecho de patente se premia al inventor para que por un tiempo limitado goce de un derecho en exclusiva para explotar la patente, permitiéndole así recuperar la inversión realizada en la misma e incluso obtener beneficios económicos. Transcurrido ese lapso de tiempo, la patente pasa al dominio público. Ello supone una especie de contrato social²³. Podría parecer este suficiente incentivo para estimular la creación y transferencia de intangibles. Siendo, por ende, debatible la necesidad de conferir un incentivo adicional a través del sistema impositivo.

Por otra parte, hay que tener presente que en un gran número de casos la patente no va a ser registrada en el país en el que esta ha sido creada y desarrollada, sino que se hará en aquel en el que la patente y los derechos de explotación que de ella se derivan van a ser ejercitados. En este sentido, la Oficina Europea de Patentes no exige como requisito legal para acceder al registro la información relativa al lugar de creación. Ello permite situar la patente en aquel territorio que más ventajas supone para su ejercicio, tales como la existencia de una filial, sucursal o cualquier otra dependencia de la entidad dedicada a I+D+i y especialmente la existencia de medidas tributarias especiales como el *patent box*.

Desde una perspectiva empresarial, la innovación es vista como una actividad internacional. Es decir, muy posiblemente, una empresa lleve a cabo su proceso de I+D+i en un territorio diferente de aquel en el que vaya a patentar o registrar el producto y, a su vez, será un tercer país en el que comercialice este último. Esa planificación fiscal empresarial lleva aparejada tanto la pérdida de ingresos públicos como la posibilidad de distorsionar la competencia. Efectivamente, el régimen del *patent box* puede resultar potencialmente dañino al suponer una nula o baja tributación efectiva. Igualmente y en esta misma línea, este incentivo acentúa el riesgo de deslocalización de

²¹ SALGADO BARCA, M. B. y PALLARÉS RODRÍGUEZ, R.: «El *patent box* en España: análisis del artículo 23 del TRLIS», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, 19, noviembre I, 2014, pág. 69.

²² Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes (BOE n.º 177, de 25 de julio de 2015).

²³ Suele considerarse que las patentes constituyen un contrato entre el inventor y la sociedad, puesto que el inventor busca obtener un beneficio individual y la sociedad está interesada en fomentar la innovación para la generación de nuevos productos o mejorar los existentes o promover la transferencia de conocimiento.

intangibles y del llamado «*profit-shifting*», esto es, la transferencia artificial de beneficios²⁴. Estos extremos son los que intenta paliar el Plan BEPS de la OCDE. En palabras del profesor PISTONE, el proyecto BEPS debería «desbaratar» aquellas áreas de la planificación fiscal internacional en las que las grandes empresas o grupos multinacionales se benefician de condiciones fiscales privilegiadas bajo la justificación de promover estructuras de I+D, no existiendo en un gran número de casos una conexión real directa entre la I+D y la renta generada por la actividad²⁵. Es, por ello, que la OCDE señala la necesidad de una actividad sustantiva como requisito para la pervivencia de regímenes especiales no contradictorios a las buenas prácticas fiscales. De manera que ha de existir un nexo entre la renta derivada de ciertos intangibles y la actividad generadora de aquella a fin de que la medida fiscal obtenga la denominada «*green light*» en términos de competencia fiscal.

3. LA PRESENCIA DE ACTIVIDAD SUSTANTIVA DETRÁS DEL RÉGIMEN DE *PATENT BOX*: EL ENFOQUE DEL NEXO

En los últimos años, la renta derivada de ciertos activos intangibles puede beneficiarse de medidas fiscales especiales –como reducciones en la base, exenciones o tipos de gravámenes reducidos–. El propósito de los países con la introducción de regímenes de *patent box* es hacer la innovación más atractiva y beneficiosa para las empresas. A pesar de ello, los regímenes de intangibles pueden promover también la elusión fiscal y generar efectos BEPS.

La OCDE pone su atención en los regímenes tributarios preferenciales, y muy especialmente en los regímenes de propiedad industrial. Para que un régimen sea considerado preferencial, debe, primero, referirse a rentas procedentes de actividades que por su naturaleza son fácilmente desplazables –*v. gr.* dividendos, cánones u otras rentas derivadas de intangibles–. En segundo lugar, debe conceder cualquier forma de beneficio fiscal –*v. gr.* una deducción en cuota, una reducción en la base o un tipo de gravamen reducido– en comparación con los principios tributarios generales del país en cuestión²⁶. Ciertamente, en aras de los principios de justicia tributaria existe una prohibición general de ofrecer privilegios fiscales o un tratamiento preferente.

Ahora bien, los incentivos fiscales son compatibles con esos principios siempre y cuando su introducción esté legitimada por valores constitucionales u otras prioridades de interés general. En este sentido, deberán considerarse como justos en nuestro ordenamiento jurídico los gas-

²⁴ Ha quedado evidenciado en diversos estudios que las diferencias en la fiscalidad sobre las personas jurídicas afecta a la localización del capital empresarial y los beneficios. De manera que los países que ofrecen bajos tipos de gravamen atraen más capital y beneficios de las multinacionales (COMISIÓN EUROPEA: *A study on R&D Tax Incentives. Final Report*, Taxation Papers-Working Paper, n.º 52, Luxemburgo, 2014, pág. 43).

²⁵ PISTONE, P.: «Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1, 2014, pág. 7.

²⁶ OECD (1998): *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, París, págs. 19-35; OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, págs. 19-22.

tos efectuados para la satisfacción de una serie de necesidades públicas, entre las que destaca la promoción de «la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general» (art. 44.2 CE)²⁷. En otras jurisdicciones de nuestro entorno, existen preceptos constitucionales similares en los que se atribuye a los poderes públicos el estímulo de las actividades de I+D+i. Por ejemplo, conforme al artículo 9 de la *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947, «la República promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica»²⁸. Por su parte, el artículo 73.4 de la *Constituição da República Portuguesa* de 1976 señala que «la creación e investigación científica, así como la innovación tecnológica se incentivarán y apoyarán por el Estado»²⁹. Igualmente, la *Constitution fédérale de la Confédération suisse* de 1999, en su artículo 64, señala que «la Confederación debe promover la investigación científica y la innovación»³⁰.

El Plan de Acción sobre BEPS pretende desarrollar soluciones para neutralizar los regímenes preferenciales perjudiciales de manera efectiva, teniendo en cuenta para ello factores como la transparencia y la sustantividad (Acción 5)³¹. En esencia, de acuerdo con el Informe Preliminar de la Acción 5, publicado en septiembre de 2014³², se analizaron varias opciones y se propuso el enfoque del nexo (*nexus approach*) como forma de vincular los gastos en I+D+i con la concesión de beneficios fiscales. Dicho de otra forma, se alinea la tributación de los beneficios derivados de la propiedad industrial con el lugar en el que la actividad creadora de esos intangibles ha sido desarrollada. Tomando ese enfoque como modelo, Alemania y Reino Unido, en un comunicado conjunto, propusieron el enfoque del nexo modificado (*modified nexus approach*, MNA), siendo acordado en el contexto del Grupo «Código de Conducta» a finales de 2014³³. Bajo la fórmula del MNA, que se inspira en los denominados «*input incentives*» y cuya naturaleza es proporcional, los beneficios concedidos por los regímenes de *patent box* quedan vinculados con los gastos elegibles (*qualifying expenditures*) en I+D+i incurridos por el contribuyente por sí mismo³⁴.

²⁷ En lo que se refiere al gasto justo puede verse: BAYONA DE PEROGORDO, J. J. y SOLER ROCH, M. T.: *Derecho Financiero*, vol. 1, COMPAS; 2.ª ed., Alicante, 1989; BAYONA DE PEROGORDO, J. J.: *El Derecho de los gastos públicos*, IEF, Madrid, 1991; NAVARRO FAURE, A.: *Aspectos jurídico-financieros del Déficit Público. Especial referencia al déficit autonómico*, Generalitat Valenciana, Conselleria d'Economia i Hisenda, Valencia, 1993.

²⁸ La Constitución italiana está disponible en: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html> (fecha consulta: 22 de junio de 2015).

²⁹ El texto de la Constitución portuguesa puede consultarse a través del siguiente sitio web: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> (fecha consulta: 25 de marzo de 2016).

³⁰ Texto constitucional suizo disponible online en: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html> (fecha consulta: 25 de marzo de 2016).

³¹ OECD (2013): *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, París, págs. 17-18.

³² OECD (2014): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: 2014 Deliverable, OECD Publishing, París.

³³ OECD (2015): *Action 5: Agreement on Modified Nexus Approach for IP Regimes*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project; *Report from de Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council of the European Union*, Bruselas, 11 de diciembre de 2014.

³⁴ OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, pág. 25; DANON, R. J.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Gene-

El propósito de modificar el enfoque del nexo era establecer limitaciones respecto del volumen de gastos por subcontratar actividades de I+D+i a entidades vinculadas, esto es, entre miembros de un mismo grupo; y los gastos relativos a la adquisición de patentes u otra tecnología.

A tenor del Informe Final de la Acción 5 del Proyecto BEPS³⁵ (octubre 2015), se ha llegado a un consenso sobre el *nexus approach* como el enfoque para requerir actividad sustantiva en el contexto de los regímenes preferenciales³⁶. La renta elegible a efectos del régimen tributario es calculada a través de la siguiente fórmula:

$$\frac{\text{Gastos elegibles en el desarrollo del intangible}}{\text{Gastos totales en el desarrollo del intangible}} \times \text{Renta derivada del intangible} = \text{Renta que recibe beneficios}$$

En esta fórmula, son gastos elegibles los gastos directamente relacionados con la creación del activo intangible. En particular, los gastos en I+D+i incurridos por el propio contribuyente y los gastos por contratar I+D+i a partes o entidades independientes –por ejemplo, otras empresas o una universidad–. Por el contrario, los gastos totales incluyen, además de las dos categorías anteriores, los costes por la adquisición de activos intangibles y los gastos por subcontratar I+D+i a entidades vinculadas. Por lo tanto, el contribuyente puede beneficiarse de un régimen de propiedad industrial siempre y cuando haya incurrido por sí mismo en los gastos en I+D+i para obtener la renta procedente del activo intangible.

Siguiendo ese enfoque del nexo modificado que buscaba limitar determinadas categorías de gastos, el Informe Final de la Acción 5 contempla que los Estados permitan a los contribuyentes aplicar un techo del 30% respecto de aquellos gastos considerados como elegibles con el objetivo de beneficiar a los contribuyentes que desarrollan por sí mismos actividades en I+D+i, pero sin

ral Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, pág. 45; SANZ-GÓMEZ, R.: «The OECD's Nexus Approach to IP Boxes: A European Union Law Perspective», *WU International Taxation research Paper Series*, n.º 12, 2015, pág. 6.

³⁵ OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report.

³⁶ Un total de 43 regímenes preferenciales han sido revisados, 16 de los cuales son regímenes de propiedad industrial. Respecto al requisito de actividad sustantiva, todos los regímenes de propiedad industrial revisados fueron considerados inconsistentes, total o parcialmente, con el enfoque del nexo descrito en el Informe Final de la Acción 5.

penalizar a los contribuyentes que adquieren intangibles o subcontratan I+D+i a entidades vinculadas. Consecuentemente, los gastos elegibles se ven incrementados en un 30%, a condición de que no excedan de los gastos generales.

Por lo tanto, los regímenes de *patent box* se encuentran en un nuevo escenario. La iniciativa de la OCDE en el desarrollo de la Acción 5 y de la UE en el contexto del Código de Conducta implica la reconsideración de los regímenes existentes. Hay una nueva fecha marcada en el horizonte, y en lo que respecta a los Estados afectados por estas nuevas disposiciones, solo aquellos regímenes cumplidores con los nuevos estándares «sobrevivirán» en un futuro cercano. Aquellos Estados que elijan tener un régimen de *patent box* no podrán ser más generosos respecto a la definición del enfoque del nexo, pero sí que podrán conceder menos beneficios en el sentido de acotar la definición de rentas elegibles, limitar el ámbito de intangibles o reducir la ratio. Por otro lado, no se permitirá la aplicación a nuevos operadores de los regímenes existentes e inconsistentes con el enfoque del nexo después del 30 de junio de 2016. Algunos Estados, como España o Italia, han adecuado sus regímenes al *nexus approach*, y otros, como Irlanda, han introducido *ex novo* un régimen de *patent box* consistente con el enfoque del nexo³⁷.

Por otra parte, se contempla la posibilidad de que los países introduzcan una cláusula de salvaguarda que permita a los contribuyentes seguir beneficiándose del régimen existente hasta una segunda (y definitiva) fecha. En cualquier caso, el periodo entre las dos fechas no puede exceder de cinco años (esto es, hasta el 30 de junio de 2021 como máximo). Después de esta fecha, no podrán concederse más beneficios basados en los regímenes antiguos e inconsistentes.

Consiguientemente, este enfoque del nexo puede verse como una norma especial antiabuso (*Special Anti-Avoidance Rule*, SAAR). Como es bien sabido, las SAAR normalmente fijan un vínculo entre la elusión fiscal y la falta de motivos económicos válidos. En términos generales, la mayoría de las normas especiales antiabuso se basan en la ausencia de un motivo económico o empresarial válido diferente del ahorro fiscal³⁸. Ello significa, *a contrario sensu*, que la presencia de un motivo

³⁷ En España, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de los presupuestos generales del Estado para el año 2016 ha modificado el régimen de *patent box*, entrando en vigor el nuevo y consistente régimen a partir de julio de 2016. En Italia, por su parte, el régimen de *patent box* fue introducido a finales de 2014 a través de la *Legge 23 dicembre 2014, n. 190 Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)* y modificado para adaptarse al enfoque del nexo a principios de 2015 por medio del *DL 24 gennaio 2015, n. 3 Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*. Sobre el régimen de *patent box* italiano puede verse: ARGINELLI, P. y PEDACCINI, F.: «Prime riflessioni sul regime italiano di *patent box* in chiave comparata ed alla luce dei lavori dell'Ocse in materia di contrasto alle pratiche fiscali dannose», *Rivista di diritto tributario*, n.º 9, parte V, 2014. Por otro lado, en octubre de 2015, Irlanda introdujo el llamado régimen Knowledge Development Box (KDB), aplicable desde enero de 2016.

³⁸ Según SOLER ROCH, en la legislación tributaria española, los criterios que identifican las conductas tipificadas en las normas antiabuso especiales suelen ser: la ausencia de razones empresariales o motivos económicos válidos distintos del ahorro fiscal, la calificación inadecuada o abusiva de una operación y la elusión fiscal mediante sociedades, siendo todas ellas normas alojadas en las leyes tributarias particulares (SOLER ROCH, M. T.: «Las normas antiabuso generales y especiales», *VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 12, 2011, pág. 180).

económico válido impide la aplicación de la SAAR. En el caso de los regímenes de *patent box*, el cumplimiento del enfoque del nexo implica la existencia de una actividad económica sustantiva y real detrás de la renta procedente del intangible. Por ende, solamente la renta derivada del intangible cuyo origen esté en una actividad de I+D+i subyacente llevada a cabo por el propio contribuyente podrá beneficiarse del régimen de *patent box*—implicando, ello, la no generación de efectos BEPS—.

Desde una perspectiva de derecho comparado, varios países han introducido de manera unilateral medidas para contrarrestar los efectos del traslado artificioso de beneficios. En efecto, se aprecia un incremento del uso de medidas especiales para neutralizar los (posibles) efectos BEPS generados por los regímenes de propiedad industrial. En Austria, con efectos desde el 1 de marzo de 2014, los cánones (e intereses) pagados por una empresa austriaca a partes vinculadas en terceros países no son deducibles cuando los cánones (o intereses) estén exentos o sujetos a un tipo de gravamen efectivo inferior al 10% en el Estado receptor³⁹. Parece claro que esta norma ha sido diseñada para frenar los regímenes de *patent box*⁴⁰.

También en Francia se establece una limitación a la deducibilidad de los cánones cuando el licenciante y licenciario son partes vinculadas. Así pues, conforme al artículo 11 de la Ley de presupuestos para el año 2012 (*Loi de Finances pour 2012*⁴¹), la completa deducibilidad de los cánones solo está permitida si el licenciario puede demostrar, y documentar debidamente, que: a) el uso de la licencia le supone un valor añadido durante todo el periodo de la misma; y, b) que dicho uso es real, es decir, que no se trata de una estructura artificiosa⁴². Podría decirse que este precepto busca, al igual que la normativa austriaca, evitar prácticas abusivas basadas en el régimen de *patent box*.

Incluso si este tipo de medidas pueden resultar efectivas en la lucha contra el traslado de beneficios, las normas especiales antielusión pueden llevar, en opinión de FREEDMAN, a una mayor litigiosidad e incertidumbre; por lo que no es necesario introducir normas detalladas y precisas, sino principios generales o un enfoque estándar⁴³ para combatir las prácticas fiscales abusivas.

³⁹ Vid. MITTERLEHNER, K. y MITTERLEHNER, M.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Austria Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, págs. 142-144; SCHUCHTER, Y. y KRAS, A.: «Austria - Corporate Taxation (sec. 1.)», *Country Surveys IBFD* (acceso 30 de junio de 2015).

⁴⁰ DANON, R. J.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). General Report», ob. cit., pág. 53. Ha de tenerse en cuenta que Austria no ha introducido e implementado un régimen de *patent box*, sin embargo ello no significa que no puedan existir en su territorio efectos indirectos de los *output incentives*. Esta medida se encuentra, precisamente, conectada con ellos. En este sentido, puede verse: LOEPRICK, J.: «Indirect Access to Intellectual Property Regimes – Effects on Austrian and German Affiliates», *WU International Taxation research Paper Series*, n.º 13, 2015.

⁴¹ *Loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012* (disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/af-fichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025044460&categorieLien=id> [fecha consulta: 28 de febrero de 2016]).

⁴² WORLDWIDE TAX SUMMARIES: *Corporate Taxes 2015/16*, pág. 675 (disponible en: www.pwc.com/taxsummaries [fecha consulta: 28 de febrero de 2016]).

⁴³ FREEDMAN, J.: «Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle», *British Tax Review*, n.º 4, 2004, pág. 352.

En este sentido, la Comisión Europea indica que las acciones unilaterales de los Estados miembros no abordarían adecuadamente el problema de la planificación fiscal agresiva y podrían crear problemas. En un mercado único basado en la libertad de movimientos de bienes, personas, servicios y capitales, la falta de coordinación en las medidas contra el traslado artificioso de beneficios «pueden hacer más mal que bien» y además, añade la Comisión, esa descoordinación puede acarrear incertidumbre y cargas administrativas para las empresas⁴⁴.

Entendemos, pues, que el requisito de actividad sustantiva –similar a la teoría del motivo económico válido– determinado a partir del enfoque del nexo, como forma de asegurar la tributación donde los beneficios se han generado, puede actuar como ese estándar común a cualquier régimen preferencial, especialmente en el caso de los regímenes de *patent box*. Careciendo de sentido la introducción de medidas unilaterales para paliar los (posibles) efectos BEPS, pues la existencia de regímenes basados en el enfoque del nexo determina la existencia de actividad sustantiva. Ciertamente, la introducción de este requisito de actividad sustantiva va en la línea tanto de uno de los tres pilares claves del Plan de Acción de la OCDE como de uno de los cinco ámbitos de actuación del *EU-BEPS*, la sustantividad. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la adecuación de los regímenes de *patent box* al enfoque del nexo no implica su consideración como buena práctica fiscal en términos de su eficiencia y efectividad, sino que con ello se asegura que el beneficio fiscal quede ligado a la existencia de una actividad de I+D+i sustantiva.

En definitiva, la elegibilidad de una determinada renta para beneficiarse de un régimen de *patent box* basado en el enfoque del nexo aseguraría, primero, la existencia de una actividad real de I+D+i; segundo, que los beneficios tributen allí donde se ha generado el valor; y, tercero, en el contexto de la UE, las rentas tributarían solamente una vez dentro de la UE.

III. LA ESTRATEGIA DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LA ELUSIÓN FISCAL: *QUO VADIS?*

1. EL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE LA FISCALIDAD DE LAS EMPRESAS

El Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas fue adoptado en diciembre de 1997, creándose unos meses después, en marzo de 1998, el Grupo «Código de Conducta» por el Consejo ECOFIN para la evaluación de las medidas fiscales correspondientes al ámbito de aplicación del Código⁴⁵.

⁴⁴ COM (2016)23/2: *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Anti-Tax Avoidance Package: Next Steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU*, pág. 3.

⁴⁵ El Código de Conducta, adoptado por Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (ECOFIN) el 1 de diciembre de 1997, puede consultarse en: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/coc_en.pdf (fecha acceso: 20 de noviembre de 2015).

El Código de Conducta no es un instrumento jurídicamente vinculante –sino un instrumento de *soft law*–, pero su adopción compromete a los Estados miembros a derogar aquellas medidas fiscales vigentes constitutivas de competencia fiscal perniciosa y a abstenerse de promulgar nuevas medidas de este tipo en el futuro. A estos efectos, el Código de Conducta establece, en sus letras *A* y *B*, qué medidas son subsumibles en la noción de competencia fiscal perjudicial. Primero, «las medidas que influyen o pueden influir» significativamente en la localización de la actividad empresarial dentro de la Unión Europea⁴⁶. En efecto, la tributación es un factor esencial para la toma de decisiones de una empresa respecto al lugar de establecimiento, pero no es el único. En términos de I+D+i, la dotación de infraestructuras, la disponibilidad de recursos suficientes, la posibilidad de contratar personal investigador cualificado o una fuerte protección de los derechos de la propiedad industrial (e intelectual) configuran un clima favorable a la I+D+i. Sin duda, una empresa que pretenda desarrollarse en I+D+i atenderá a estos factores para establecer su actividad económica. Ahora bien, el interés creciente de los Estados miembros en promover fiscalmente la investigación científica e innovación tecnológica no pasa desapercibido para el sector empresarial. Ese interés de los Estados miembros por fomentar la I+D+i y resultar competitivos, puede llevar a potenciar excesivamente «el rol del elemento tributario en la ubicación de las empresas»⁴⁷; haciendo de este, incluso, el elemento determinante en la decisión empresarial, máxime cuando en el marco de la UE los factores extrafiscales están, en cierto modo, equiparados. En este sentido, VANISTENDAEL afirma que cuando los países compiten por atraer inversiones empresariales, su sistema tributario juega un papel importante en la decisión acerca del lugar en el que establecerse, especialmente cuando queda comprobado que los demás factores –esto es, aquellos que se encuentran al margen de la fiscalidad– son más o menos comparables⁴⁸.

En esta misma línea, el total menoscabo al principio de neutralidad tributaria y la intervención determinante de la fiscalidad respecto de la situación geográfica de las actividades empresariales acaban, como señala MARTÍN LÓPEZ, por distorsionar «las corrientes ordinarias del tráfico mercantil y periclitando tanto la localización óptima como la asignación eficiente de los recursos económicos, al no situarse en el lugar donde reportarían el máximo beneficio»⁴⁹. Esto es, el lugar donde realmente se ha llevado a cabo la actividad creadora.

A efectos de la vinculación de los regímenes preferenciales al lugar donde se genera el valor, el Grupo «Código de Conducta» convino, a finales de 2014, que los regímenes especiales, concretamente los denominados regímenes de *patent box*, deben basarse en el (*modified*) *nexus approach*

⁴⁶ En este sentido, ha de entenderse por «actividad empresarial» cualquier tipo de actividad llevada a cabo en el seno de un grupo de empresas, y que las medidas cubiertas por el Código de Conducta se refieren tanto a disposiciones legislativas o reglamentarias como a prácticas administrativas.

⁴⁷ MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 185.

⁴⁸ VANISTENDAEL, F.: «Janus with Two Faces, or the Many Faces of Taxation», en ANDERSSON, K.; MELZ, P. y SILFVERBERG, C. (ed.): *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer Law International, 2002, pág. 296.

⁴⁹ MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, ob. cit., pág. 185.

—o, enfoque del nexo (modificado)—⁵⁰. Esto significa que debe existir una relación directa entre las ventajas fiscales y las actividades de I+D+i subyacentes. Como se ha mencionado anteriormente, bajo el enfoque del nexo, de naturaleza proporcional e inspirado en los incentivos fiscales a la actividad (*input incentives*), los beneficios fiscales que conceden los regímenes del *patent box* deben estar vinculados con los gastos elegibles en I+D+i incurridos por el contribuyente⁵¹.

La noción de medida fiscal perjudicial es concretada conforme a la letra *B* del Código de la siguiente manera: «deben considerarse potencialmente perniciosas las medidas fiscales que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, a los aplicados habitualmente en el Estado miembro de que se trate». Por lo tanto, al igual que ocurre con las normas sobre ayudas de Estado, el sistema de referencia para determinar la existencia de un tipo efectivo bajo es el propio ordenamiento jurídico-tributario del Estado miembro. Por lo tanto, son las normas especiales que minoran la carga tributaria en relación con el nivel impositivo general del Estado en cuestión, por ejemplo una deducción en cuota por actividades de I+D+i, las que son susceptibles de caer en el ámbito del Código de Conducta. Es decir, se trata de un desvío del sistema tributario común. Se observa en ello una significativa limitación en la efectividad de este instrumento para combatir las prácticas fiscales abusivas. Esto es, la exigencia de que la medida comporte para el destinatario una tributación sensiblemente inferior a la ordinaria, «lleva ineluctablemente aparejado, como corolario principal, que los regímenes fiscales societarios generales de los países pertenecientes a la UE, aun cuando de los mismos se derive un nivel impositivo acusadamente bajo susceptible de atraer hacia su territorio actividad empresarial, en ningún caso puedan ser catalogados, según el literal del Código, como perjudiciales»⁵².

La letra *B* del Código de Conducta recoge, asimismo, unos criterios a estimar en la evaluación del carácter perjudicial de las medidas fiscales: i) si las ventajas se otorgan solo a no residentes, o solo respecto a las operaciones realizadas con no residentes; ii) si las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afectan a la base fiscal nacional; iii) si las ventajas se otorgan aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustantiva dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales; iv) si las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajustan a los principios internacionalmente reconocidos, concretamente a las normas acordadas por la OCDE; o, v) si las medidas fiscales carecen de transparencia y, en particular, si las disposiciones legales se aplican a nivel administrativo con menor rigor y sin transparencia.

⁵⁰ OECD (2015): *Action 5: Agreement on Modified Nexus Approach for IP Regimes*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project; *Report from de Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council of the European Union*, Bruselas, 11 de diciembre de 2014.

⁵¹ OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, pág. 25; DANON, R. J.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). General Report», ob. cit., pág. 45; SANZ-GÓMEZ, R.: «The OECD's Nexus Approach to IP Boxes: A European Union Law Perspective», ob. cit., pág. 6.

⁵² MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, ob. cit., pág. 185.

En lo que a los regímenes de I+D+i se refiere, a nuestro entender cobran especial relevancia los tres primeros criterios. A saber, los dos primeros criterios van referidos a una práctica estatal habitual, acuñada como «ring-fenced» (y considerada injusta), consistente en el establecimiento de una menor tributación o mejor tratamiento fiscal para las entidades no residentes con el objetivo de atraer a su territorio el mayor número de bases imponibles corporativas extranjeras, pero sin descuidar los ingresos procedentes de las bases nacionales⁵³. Piénsese, por ejemplo, en un determinado Estado miembro que concede una deducción en cuota por los gastos en I+D+i incurridos por las empresas en la realización de ese tipo de actividades. Si ese mismo régimen fiscal, previese una deducción adicional respecto de los gastos en I+D+i incurridos por establecimientos secundarios de empresas situadas en otros Estados miembros, estaría buscando favorecer la inversión extranjera y la atracción a su territorio de establecimientos de entidades no residentes.

El tercero de los criterios de la letra B del Código de Conducta va referido a la ausencia de actividad económica real o presencia económica sustancial. De forma que el establecimiento por parte de un Estado miembro de regímenes tributarios preferenciales, cuya aplicación no requiere un análisis sustantivo, evidencian, por un lado, que con dicho régimen el Estado en cuestión solo persigue la atracción de actividades empresariales hacia el interior de sus fronteras; y, por otro, la localización de las inversiones en dicho territorio obedece a estrictas razones de índole tributaria⁵⁴. En este contexto, como se mencionó anteriormente, el Grupo «Código de Conducta» convino, en 2014, la introducción del enfoque del nexo (modificado) en los regímenes de *patent box* como requisito de sustantividad en la aplicación de los mismos.

Del tenor literal del Código, podría deducirse que los activos intangibles han de crearse, desarrollarse y ser explotados en el territorio del país en el que se ha introducido el régimen preferencial del que se beneficiara la renta procedente de aquel intangible. Debido a la globalización y al mercado interior de la UE, parece complicado que un intangible sea creado únicamente en un Estado miembro. Como se ha visto, el artículo 179 del Tratado del Funcionamiento de la UE (TFUE) aboga por la creación de un espacio europeo de investigación, y la limitación de la actividad creadora al Estado miembro en el que va a beneficiarse fiscalmente la renta podría contradecir las libertades fundamentales. De manera que esta especie de «contradicción» entre el Código y las libertades fundamentales puede llevar a un difícil control de las prácticas fiscales perjudiciales.

Por otra parte, dada la volátil naturaleza de los intangibles, resulta relativamente sencillo situar este tipo de activos inmateriales en un lugar diferente de aquel en el que se llevó a cabo la actividad de I+D+i subyacente. Este extremo, no obstante, pretende ser superado con la incorporación del *nexus approach* en los existentes regímenes de *patent box*. Esto es, si una determinada renta derivada de propiedad industrial es elegible para un régimen de *patent box* basado en el enfoque del nexo, debe automáticamente excluirse la consideración de medida fiscal perjudicial.

⁵³ MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, ob. cit., págs. 190-191; SCHÖN, W.: «Tax Competition in Europe – The Legal Perspective», *EC Tax Review*, vol. 9, n.º 2, Kluwer Law International, 2000, pág. 96.

⁵⁴ MARTÍN LÓPEZ, J.: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, ob. cit., pág. 193.

Puesto que ello está determinando la existencia de una actividad económica sustantiva detrás de esa renta que se ve fiscalmente beneficiada.

2. LA PLANIFICACIÓN FISCAL «AGRESIVA» Y LA RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA 2012/772/UE

Los Estados miembros encuentran dificultades para proteger sus bases imponibles de la erosión a través de la planificación fiscal «agresiva», siendo, en muchos casos, insuficientes las medidas nacionales⁵⁵. Por lo que, en aras de un mejor funcionamiento del mercado interior, es menester que los Estados miembros adopten una misma posición frente a tales prácticas⁵⁶. La Recomendación de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva (2012/772/UE) señala –como ya se ha adelantado– que esta consiste «en aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas. Entre sus consecuencias, cabe señalar las deducciones dobles [...] y la doble no imposición (por ejemplo, la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de residencia)». La Comisión propone, en su Recomendación, varias alternativas como la inclusión de una cláusula de sujeción al impuesto (*subject-to-tax rule*) en los CDI, la utilización de una cláusula común general antiabuso (*General Anti-Avoidance Rule, GAAR*)⁵⁷ o la aplicación de medidas frente a las prácticas fiscales abusivas en el ámbito de la aplicación de las Directivas sobre intereses y cánones, fusiones y matrices y filiales⁵⁸.

La cláusula de sujeción que prevé la recomendación es un tipo de cláusula que condiciona la concesión del beneficio del convenio al hecho de que las rentas en cuestión se encuentren efectivamente sujetas a tributación en el Estado de residencia del perceptor⁵⁹. Esta recomendación a

⁵⁵ *Commission Recommendation C-(2012) 8806 final of 6.12.2012 on aggressive tax planning*, Bruselas, 2012, pág. 2.

⁵⁶ Véase nota anterior.

⁵⁷ Sobre las normas generales antiabuso: WAERZEGGERS, C. y HILLIER, C.: «Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR)», *Tax Law IMF Technical Note*, vol. 1, 2016; MARTÍN LÓPEZ, J.: «La Norma General Antiabuso del Reino Unido», *Civitas. Revista española de derecho financiero*, n.º 164, 2014; MARTÍN LÓPEZ, J.: «La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación», *Revista española de derecho financiero*, Civitas, n.º 157, 2013.

⁵⁸ La Recomendación de la Comisión no es aplicable en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, la Directiva 2011/96/UE del Consejo y la Directiva 2003/49/CE del Consejo. La Comisión contempla la revisión de estas directivas con el fin de llevar a la práctica los principios que subyacen en la citada recomendación. Véase CORDÓN EZQUERRO, T.: «La planificación fiscal agresiva y la estrategia de la Comisión UE para combatirla», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 7, 2013, págs. 6-8. También sobre la recomendación de la Comisión y las últimas tendencias frente al fenómeno de la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea, véase: MARTÍN LÓPEZ, J.: «Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2015.

⁵⁹ MAROTO SÁEZ, A.: «Medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional», *Documentos de Trabajo*, Instituto de Estudios Fiscales (IEF), n.º 22, 2005, pág. 9.

los Estados miembros de usar este tipo de cláusula viene motivado por el riesgo de doble imposición en determinadas situaciones: a) cuando los Estados miembros no gravan determinados tipos de rentas sin tener en cuenta si esa renta está sujeta a tributación en el otro Estado contratante; o, b) cuando los Estados de manera unilateral dejan exenta determinados tipos de rentas extranjeras, independientemente de si está o no gravada en el Estado de la fuente.

A este respecto, la citada recomendación invita a los Estados miembros a incluir en sus CDI una cláusula de sujeción que podría formularse como sigue: «En caso de que el presente Convenio establezca que un elemento de la renta es imponible solamente en uno de los Estados contratantes o que puede gravarse en uno de los Estados contratantes, el otro Estado contratante deberá abstenerse de gravar dicho elemento únicamente en el caso de que ese elemento esté sujeto a imposición en el primer Estado contratante»⁶⁰. Con base en ello, los Estados miembros, en la celebración de CDI entre sí o con terceros Estados, se comprometerían a no gravar un determinado elemento de los ingresos salvo que el mismo no esté sujeto a imposición en el otro Estado contratante. Es decir, ese compromiso se mantiene si una determinada renta está sujeta a imposición en la otra parte del Convenio.

De manera casi idéntica, el Modelo de Convenio de la OCDE (MC OCDE), en sus comentarios 15 y 16 al artículo 1, propone la cláusula de sujeción al impuesto como medida contra la utilización de sociedades instrumentales o *conduit companies*⁶¹. No obstante ello, la propia OCDE –en su comentario 15 al art. 1 del MC OCDE–, concedora de que la introducción de este tipo de cláusulas corresponde a los Estados, no recomienda, «por varias razones», el uso de esa clase de disposiciones.

Quizás, debido a la posición no favorable de la OCDE, la recomendación de introducir una cláusula de sujeción por parte de la Comisión no ha tenido, al menos por ahora, un significativo reflejo en los convenios celebrados entre Estados miembros o con terceros Estados. En este sentido y a título de ejemplo, cabe destacar que en la red de convenios española, puede encontrarse este tipo de cláusula principalmente en relación con los cánones (art. 12 del MC OCDE). Así pues, en los CDI firmados entre España, por un lado, y Canadá (1981, modificado en 2015), Polonia (1982) y Túnez (1987), por otro, se ha incluido una cláusula de sujeción bajo la fórmula «siempre que los cánones estén sujetos a imposición en el otro Estado contratante». La ausencia de tributación en el Estado de la fuente, pues, va condicionada a que los cánones estén gravados en el Estado de residencia.

Cabe señalar que la fórmula propuesta por la Comisión en su recomendación está haciendo referencia a la existencia o no de tributación como determinante para que la cláusula de sujeción opere o no. De forma que la baja tributación en el Estado de residencia impediría la aplicación

⁶⁰ *Commission Recommendation C-(2012) 8806 final of 6.12.2012 on aggressive tax planning*, Bruselas, 2012, pág. 4.

⁶¹ Por *conduit companies* se entiende la utilización de una entidad instrumental residente en un Estado con CDI con el Estado de la fuente, con la finalidad de minimizar la tributación en el Estado de la fuente en relación con una renta cuyo destinatario o propietario es una persona o entidad residente en un Estado que no tiene CDI con el Estado de la fuente (MAROTO SÁEZ, A.: «Medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional», ob. cit., pág. 10).

de la cláusula. Piénsese, por ejemplo, que el beneficiario efectivo de los cánones residiese en un Estado miembro donde se ha establecido un régimen de propiedad industrial que beneficia los cánones y otras rentas derivadas de la explotación de intangibles. Consecuentemente y a pesar del bajo tipo impositivo aplicado a los cánones, no podría operar la cláusula de sujeción, pues como reza la fórmula de la Comisión ese elemento de renta solamente tributaría en el Estado de la fuente ante la no tributación en el Estado de residencia.

A este respecto ha de traerse a colación la propuesta contenida en el Informe Final de la Acción 6. Este informe propone nuevas disposiciones para el artículo 11 (intereses), el artículo 12 (cánones) y el artículo 13 (otras rentas) de los convenios bajo la condición de definir «régimen tributario especial». Conforme a la nueva propuesta para el artículo 12, «los cánones procedentes de un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo sea residente en el otro Estado contratante podrán ser gravados en el primer Estado contratante conforme a la normativa nacional si ese residente está sujeto a un régimen tributario especial...»⁶². Con ello, se permite la tributación en el Estado de la fuente cuando existe un régimen tributario especial en el Estado de residencia y este es definido en el convenio⁶³. Con base en la citada propuesta, se entiende por régimen tributario especial «cualquier disposición legislativa o reglamentaria, así como práctica administrativa que provea una tributación efectiva especial a esa renta o beneficio, ya sea por medio de reducciones en el tipo de gravamen o en la base imponible [...] Sin embargo, el término no debe incluir disposiciones legislativas, reglamentarias o práctica administrativa» cuya aplicación «no beneficie desproporcionadamente esos intereses, cánones u otras rentas, o cualquier combinación de ellos» o bien «que, a excepción de los ingresos financieros, cumpla con un requisito de actividad sustantiva».

Por ende, esta definición excluye del término «régimen tributario especial», en primer lugar, los casos en que su aplicación implique un beneficio proporcionado⁶⁴ y, en segundo lugar, los supuestos en los que quede probada la existencia de una actividad económica sustantiva. Probablemente, esta segunda excepción a la definición de régimen tributario especial esté pensando

⁶² OECD (2015): *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6: Final Report, OECD Publishing, págs. 96-98.

⁶³ La incorporación de esta cláusula de sujeción a la red española de convenios tendrá un impacto relativo. Si bien la OCDE prevé un sistema de tributación exclusiva en el Estado de residencia del beneficiario efectivo de los cánones, el Estado español se apartó de tal criterio hasta el año 2010, optando por un sistema de imposición compartida entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente. Por ende, la gran mayoría del centenar de CDI suscritos por España mantienen el criterio de tributación compartida. Esto es, la cláusula de sujeción propuesta en el Informe Final de la Acción 6 podría afectar a los nuevos CDI que hayan establecido la tributación exclusiva en el Estado de residencia.

⁶⁴ Dada la excepción del «beneficio proporcionado» de la Acción 6, es menester abordar la interpretación de este criterio. La justificación para introducir un régimen tributario especial se basa en la existencia de valores constitucionales u otros intereses públicos (fines extrafiscales), de forma que los incentivos fiscales deben ser proporcionales al objetivo no fiscal perseguido. Una norma especial para fomentar fiscalmente la I+D+i será considerada proporcional solamente cuando el mismo resultado no pueda ser alcanzado con otra medida menos falseadora. En particular, la cuantía e intensidad de la renta que se ve beneficiada por la medida debe limitarse al mínimo necesario para que la actividad de I+D+i sea efectuada. Por lo tanto, será proporcional (y razonable) aquella medida que mantenga un equilibrio entre la efectividad en la consecución del objetivo –promoción I+D+i– y el impacto que esa medida tenga en los recursos públicos.

en la posibilidad de exceptuar de la aplicación de esta cláusula aquellos regímenes de *patent box* que, siguiendo la Acción 5, se han adecuado al enfoque del nexo –como es el caso de los regímenes español e italiano, entre otros–. De igual modo, Estados Unidos ha introducido en su nuevo Modelo de Convenio (en adelante MC EE. UU.)⁶⁵ normas sobre regímenes tributarios especiales destinadas a evitar la doble no imposición cuando el contribuyente hace uso de las disposiciones del convenio, combinadas con regímenes tributarios especiales, para conseguir la nula o baja tributación en los Estados parte del tratado. Aunque el MC EE. UU. se inspira en la iniciativa de la OCDE, se aparta, en parte, de la definición de régimen tributario dada en la Acción 6⁶⁶.

De esta forma, la posición de la Comisión Europea reflejada en su recomendación de diciembre de 2012 de introducir una cláusula de sujeción puede verse reforzada. A diferencia de la fórmula que proponía la Comisión en su Recomendación, el Informe Final de la Acción 6 no establece la ausencia de tributación como condición para gravar un determinado tipo de renta en el Estado de la fuente, sino que la condición de someter a gravamen tal renta viene condicionado por la existencia de un régimen tributario especial en el Estado de residencia. Por lo tanto, esta fórmula es más acertada y se aproxima más a la realidad que plantean los denominados regímenes de *patent box*.

En lo que a la I+D+i se refiere, la Comisión ha identificado siete modelos de estructuras de planificación fiscal agresiva, entre los cuales se encuentran, por un lado, dos escenarios relativos a propiedad industrial y, por otro, los regímenes de *patent box*⁶⁷. En este estudio de la Comisión se considera que los regímenes de *patent box* promueven directamente estructuras de planificación fiscal agresiva. En concreto, señala que el beneficio fiscal que este régimen concede a determinadas rentas derivadas de propiedad industrial incentiva a los grupos empresariales a establecer estructuras de *patent box* para así poder disfrutar de la ventaja fiscal de dicho régimen⁶⁸.

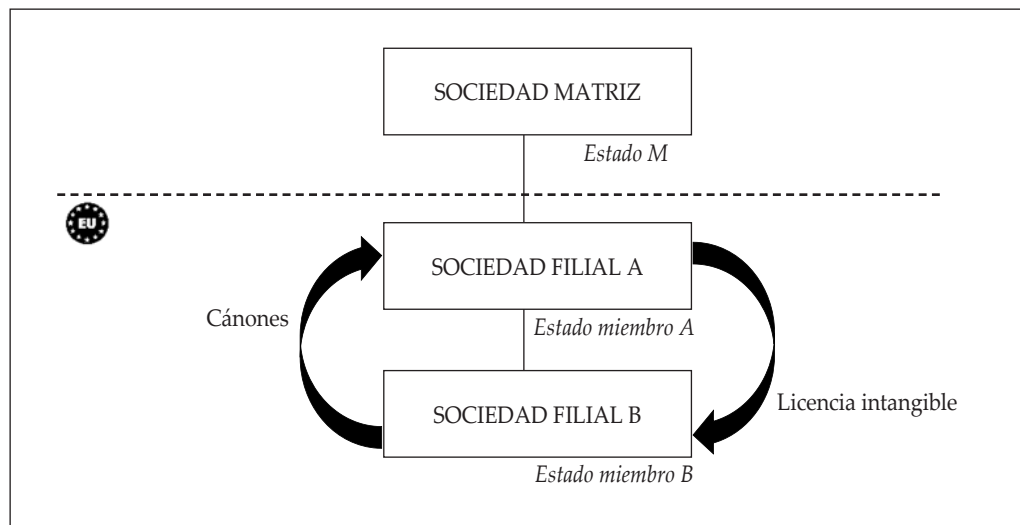
⁶⁵ El nuevo MC EE. UU. ha sido publicado en el sitio web del *U.S. Department of the Treasury* el 17 de febrero de 2016 (<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/treaties.aspx> [fecha consulta: 19 de febrero de 2016]).

⁶⁶ Previamente a la publicación del nuevo MC EE. UU., se elaboró un borrador que fue sometido a consulta pública en mayo de 2015. En dicho borrador, se incluía una definición de «régimen tributario especial» que, al igual que el Informe Final de la Acción 6, excluía las disposiciones legislativas, reglamentarias o la práctica administrativa cuyo beneficio no resultara desproporcionado y, por otro lado, cuando, en relación con los cánones, cumplierse «con un requisito de actividad sustantiva». El artículo 3.1 l) del MC EE. UU. ya no hace referencia al beneficio desproporcionado ni a la presencia de una actividad sustantiva, sino que ha acotado una serie de circunstancias bajo las cuales una ley, disposición reglamentaria o práctica administrativa serán tratadas como un régimen tributario especial.

⁶⁷ EUROPEAN COMMISSION: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)*, Taxation Papers, Working Paper n.º 61, 2015, págs. 7 y 8. Para tal identificación se han observado una serie de indicadores, entendidos como características generales de un sistema tributario que facilitan la planificación fiscal agresiva. Indicadores que pueden ser activos –esto es, que promueve directamente una estructura de planificación fiscal agresiva– o pasivos (EUROPEAN COMMISSION: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)*, ob. cit., pág. 51).

⁶⁸ EUROPEAN COMMISSION: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)*, ob. cit., pág. 51.

Figura 1. Estructura grupo multinacional



En la **figura 1**, la «Sociedad Filial A» y la «Sociedad Filial B» son residentes en diferentes Estados miembros, y entidades vinculadas dentro del grupo multinacional liderado por la «Sociedad Matriz», residente en un tercer Estado (Estado «M»). Si el Estado miembro «A» concede un régimen de *patent box*, los cánones gozarán de una baja tributación. Como la Directiva 2003/49/CE⁶⁹ resulta de aplicación, los cánones no son objeto de tributación (*withholding tax*) en el Estado de la fuente (Estado miembro «B»). Finalmente, si el Estado «M» no cuenta con un régimen de transparencia fiscal internacional (en adelante TFI o *CFC rules*), esa renta tampoco puede ser atribuida a los accionistas de la «Sociedad Matriz».

El favorecimiento de este tipo de estructuras (figura 1) por los regímenes de *patent box* u otros regímenes de propiedad industrial similares es lo que hace que sean considerados como un indicador de planificación fiscal agresiva, a menos que el régimen sea consistente con el denominado enfoque del nexo. En este mismo escenario (figura 1), si la «Sociedad Filial A» crea y desarrolla el intangible cuyo uso cede a la «Sociedad Filial B», se beneficiará del *patent box* consistente con el enfoque del nexo del Estado miembro «A» por haber incurrido en los gastos de I+D+i; y los cánones seguirán exentos en el Estado de la fuente (Estado miembro «B») por aplicación de la Directiva 2003/49/CE. Por lo tanto, seguimos hablando de una baja tributación en el Estado de residencia y de la exención de gravamen en la fuente. Pero asegurando que la ventaja fiscal del régimen se aplique a aquella entidad que crea y desarrolla el intangible.

⁶⁹ Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados.

Del estudio de la Comisión se deduce que un régimen de *patent box* deja de tener la consideración de indicador de planificación fiscal agresiva cuando se basa en el enfoque del nexo. No obstante, en nuestra opinión, la adaptación de los regímenes de *patent box* al enfoque del nexo no implica la ausencia de planificación fiscal, sino la presencia de sustancia. En efecto –y como se ha dejado apuntado–, el enfoque del nexo pretende establecer un vínculo entre la tributación de los beneficios procedentes de la propiedad industrial y el lugar en el que se crea el valor. Pero el estímulo por obtener una menor carga tributaria se mantiene (dado que podría decirse que existe un derecho a minimizar la carga tributaria), y seguirá siendo incentivo para que las empresas favorezcan la creación de estructuras de propiedad industrial –lo cual, recuérdese, es el pretendido objetivo de los regímenes de *patent box*–.

Atendiendo al tenor literal de la definición de planificación fiscal agresiva de la Recomendación 2012/772/UE, la situación de doble no imposición (o de deducciones dobles) que se da en este tipo de escenarios (figura 1) no se debe a la existencia de una conducta abusiva o fraudulenta –y susceptible de ser sancionada–, sino a las discordancias, incoherencias o lagunas de los diferentes sistemas fiscales. El enfoque del nexo, susceptible de ser entendido como una especie de norma antiabuso, impide el disfrute del régimen de *patent box* cuando no existe una actividad creadora de valor detrás de la renta. El fenómeno de la planificación fiscal «agresiva» es distinto del abuso del derecho, por lo que las normas antiabuso no son adecuadas para luchar contra la explotación de las disparidades transfronterizas. En consecuencia, podría hablarse, como nuevo paradigma, de planificación «sustantiva» dada la citada vinculación entre la tributación de los beneficios y el lugar en el que se realiza la actividad económica.

3. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA LAS PRÁCTICAS FISCALES ELUSIVAS, ¿ÚLTIMA PARADA?

El 17 de junio de 2015 la Comisión Europea publicó su Comunicación *Un sistema de imposición justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*⁷⁰. La fiscalidad corporativa se erige como piedra angular de un sistema fiscal equitativo y eficaz, dada la importante fuente de ingresos que supone para los Estados miembros, pero también dado el rol que juega en las decisiones comerciales de las empresas, como ocurre en las inversiones y actividades de I+D+i. Las tradicionales estructuras empresariales han dado paso a esquemas corporativos complejos que buscan deslocalizar sus activos y situar sus beneficios empresariales en territorios de baja o nula tributación. De hecho, durante muchos años, el Código de Conducta se ha considerado un instrumento eficaz para abordar la competencia fiscal en el mercado único. No obstante, dada esa mayor sofisticación de la planificación fiscal de las empresas, así como la intensificación de la competencia entre los Estados miembros, se hace necesaria la búsqueda de nuevas herramientas dado que los actuales instrumentos han alcanzado sus límites. Es bien sabido que los intangibles

⁷⁰ COM (2015) 302 final: *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. Una visión completa de las cinco áreas de actuación puede verse en: ADORJAN, T y VELDHIJZEN, R.: «EU Introduces Plans Regarding a Fair and Efficient Corporate Tax System», *European Taxation*, 2015.

son fácilmente desplazables e importantes conductores de valor económico (y científico)⁷¹. Ciertamente, la naturaleza de las actividades de I+D+i hace relativamente sencillo su traslado de un país a otro. La globalización y la innovación tecnológica han contribuido a dicha movilidad⁷², creando un entorno económico global, digital y móvil. Por ende, este tipo de actividades pueden representar un riesgo de erosión de las bases imponibles y traslado de los beneficios.

Este problema, abordado por la OCDE desde el año 2013, no menoscaba únicamente los principios de justicia tributaria, sino que además genera una competencia injusta con aquellos contribuyentes que, dada su dimensión nacional, no pueden desarrollar este tipo de prácticas. En esencia, estas prácticas fiscales perjudiciales pueden llevar al desvío de la carga tributaria a bases menos móviles, como el trabajo, la propiedad o el consumo, a fin de luchar contra la pérdida de ingresos públicos o asegurar la recaudación de fondos públicos. Este desvío en la estructura fiscal puede conducir a un sistema tributario menos eficiente en cuanto a su impacto en el crecimiento y empleo a medio y largo plazo⁷³.

Asimismo, existe una falta de coordinación en esta materia entre los Estados miembros, por lo que las empresas operan en un mercado interno único, pero con 28 sistemas fiscales diferentes. Ello conlleva una falta de seguridad jurídica, principio esencial para dar claridad y estabilidad a las transacciones, así como para crear un clima favorable a las inversiones en innovación tecnológica y al desarrollo de actividades de investigación científica. Este escenario perjudica especialmente a las pequeñas empresas, núcleo esencial en la economía europea, que dadas sus dificultades para realizar I+D+i se encuentran, en muchas ocasiones, perdidas en un complejo entramado de normas tributarias. En efecto, según datos de *Eurostat* (noviembre 2015), nueve de cada diez empresas europeas tiene plantillas inferiores a los diez trabajadores. En el año 2012, fueron creadas 2,3 millones de empresas en la UE, de las cuales, el 70,8% carecía de trabajadores. Estas microempresas, así como el emprendedurismo, generan, al mismo tiempo, un importante volumen de empleo y también menores niveles de desempleo en el contexto europeo⁷⁴.

⁷¹ A tenor de la Acción 3 del Proyecto BEPS, los cánones y otras rentas derivadas de propiedad industrial son geográficamente desplazables y consecuentemente erosionan las bases imponibles e implican un riesgo de traslado de los beneficios (OECD [2015]: *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3: Final Report, 2015, págs. 44-45).

⁷² OECD (2015): *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: Final Report, 2015, pág. 11.

⁷³ *A contrario sensu*, la Comisión Europea considera que, dado que algunas categorías tributarias son conocidas por ser menos perjudiciales para el crecimiento que otras, como los impuestos sobre los rendimientos del trabajo, un *growth-friendly tax* puede generar una riqueza estable y eficientemente dinámica. Por ende, la reducción de la carga tributaria sobre el trabajo (especialmente para los grupos más vulnerables) podría estimular el trabajo, reduciendo desincentivos laborales e incrementando la demanda laboral al reducir costes relativos al trabajo. Por otra parte, la disminución de la carga tributaria sobre el consumo podría reducir la presión fiscal sobre el ahorro (EUROPEAN COMMISSION: *Tax reforms in EU Member States*, Working Paper n.º 38, 2013, págs. 48-49).

⁷⁴ Estos datos pueden consultarse en: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7076793/4-17112015-AP-EN.pdf/1db58867-0264-45c0-94bf-ab079e62d63f> (fecha acceso: 19 de noviembre de 2015). En 2012, Grecia con un 96,7% es el Estado miembro con mayor volumen de microempresas en su territorio. Seguido por Portugal (95,2%), Italia (94,9%) y España (94,5%). En la otra cara de la moneda, se encuentran los países del centro y norte de Europa, como Alemania (82,3%), Austria (87,1%) y Luxemburgo (86,8%).

El denominado *EU-BEPS* tiene como objetivo el establecimiento de un sistema de fiscalidad corporativa donde los beneficios o rendimientos empresariales tributen en aquella jurisdicción donde el valor es realmente creado. El relanzamiento de la BICCIS se encuentra en el corazón de este plan. Esta propuesta, lanzada por la Comisión en 2011⁷⁵, «podría constituir un instrumento extremadamente eficaz para alcanzar el objetivo de una fiscalidad más justa y eficaz»⁷⁶. Se plantea como la principal herramienta en la lucha contra la planificación fiscal agresiva, incorporando recientes desarrollos internacionales y atribuyendo rentas allí donde el valor ha sido creado.

En este sentido, la Comisión considera la BICCIS como una solución global al traslado de beneficios⁷⁷. Así pues, las empresas solo tendrían que atender a un único conjunto de normas para calcular su renta imponible –en lugar de afrontar hasta 28 sistemas diferentes–, pudiendo, además, compensar las pérdidas sufridas en un Estado miembro con los beneficios obtenidos en otro. La BICCIS eliminaría disparidades entre los sistemas nacionales que llevan a las prácticas fiscales abusivas y excluiría la posibilidad de emplear los regímenes preferenciales para el traslado de beneficios. Igualmente, se estima que mediante esta base común, los Estados miembros tendrían una respuesta uniforme frente a las empresas extranjeras controladas (CFC), con el objeto de impedir el traslado de beneficios hacia territorios de baja o nula tributación. Precisamente, en este contexto, los trabajos de la OCDE relativos a las *CFC rules* serán tenidos en cuenta en la nueva BICCIS⁷⁸.

En comparación con la propuesta de 2011⁷⁹, se prevé que la BICCIS sea obligatoria para las empresas con ingresos globales superiores a 750 millones de euros anuales. En la nueva propuesta de directiva (octubre 2016), la Comisión Europea ha planteado un tratamiento favorable de los costes en I+D haciendo estos totalmente deducibles en el año fiscal en que han sido incurridos, con la excepción de los gastos relativos a los bienes inmuebles⁸⁰. Adicionalmente, prevé la introducción de

⁷⁵ COM (2011) 121/4: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Bruselas, 16 de marzo de 2011.

⁷⁶ COM (2015) 302 final: *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, pág. 8

⁷⁷ En octubre de 2016, la Comisión, siguiendo su Plan de Acción iniciado en junio de 2015, ha propuesto una importante reforma del IS en el marco de la UE. Destaca el relanzamiento de la BICCIS a partir de dos propuestas de Directiva. Primero, la propuesta de Directiva de una base imponible común del impuesto sobre sociedades (COM (2016) 685 final: *Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base*, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016) y, segundo, la propuesta de Directiva de la base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (COM (2016) 683 final: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016).

⁷⁸ COM (2015) 302 final: *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, pág. 10.

⁷⁹ COM (2011) 121/4: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Bruselas, 16 de marzo de 2011.

⁸⁰ Ello constituye la norma básica en materia de I+D, ya contemplada en la propuesta de Directiva de 2011 (en su art. 12).

una deducción mejorada o reforzada (*enhanced allowance*)⁸¹. De ahí que la Comisión indique que los incentivos a la I+D «no solo se mantienen, sino que también se intensifican y racionalizan»⁸².

Esta propuesta no resulta, en nuestra opinión, satisfactoria en lo relativo al tratamiento de la I+D+i. No obstante, debe valorarse el cambio dado respecto a la propuesta inicial de la BICCIS de 2011, pues en ese momento, más allá de la deducibilidad de los costes por I+D, no se incluía ningún precepto acerca de qué entender por incentivo fiscal⁸³. En este sentido, se planteaba TRAVERSA cómo interactuaría el proyecto de la BICCIS con las normas sobre ayudas de Estado, dado que las directrices sobre ayudas estatales de la Comisión Europea permiten a los Estados miembros adoptar un amplio abanico de incentivos fiscales, a nivel corporativo, dirigidos a diferentes metas como la I+D+i o la protección ambiental, entre otros⁸⁴.

En primer lugar, la nueva propuesta de la BICCIS plantea un «tratamiento favorable» a la I+D(+i) basado, como se ha indicado, en la completa deducibilidad de los costes en I+D en el año fiscal en que han sido incurridos. Debe apuntarse que, por lo general, los gastos en I+D(+i) son deducibles fiscalmente⁸⁵. Por lo que, no puede hablarse de un «tratamiento fiscal favorable» dado que esa propuesta no resulta, en ningún caso, rompedora⁸⁶. Pues, en la gran mayoría de los Estados miembros ya está contemplada la deducibilidad de los gastos en I+D(+i)⁸⁷ y porque, ciertamente,

⁸¹ COM (2016) 685 final: *Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base*, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016, págs. 7, 9 y 10. Estas son las dos opciones en lo que se refiere al tratamiento de la I+D que la Comisión Europea planteó en una consulta pública sobre la BICCIS, abierta desde el 8 de octubre de 2015 hasta el 8 de enero de 2016: http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/consultations/tax/relaunch_ccctb_en.htm (fecha consulta: 3 de noviembre de 2016).

⁸² COM (2016) 685 final: *Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base*, Estrasburgo, 25 de octubre de 2016, pág. 8.

⁸³ COM (2011) 121/4: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Bruselas, 16 de marzo de 2011.

⁸⁴ TRAVERSA, E.: «Tax Incentives and Territoriality within the European Union: Balancing the Internal Market with the Tax Sovereignty of Member States», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 3, 2014, págs. 321-322. De manera similar, LUJA, R.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). European Union Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, pág. 76.

⁸⁵ En cuanto a la deducibilidad de este tipo de gastos en el panorama español, véase: NAVARRO FAURE, A.: «Los gastos deducibles derivados de la propiedad intelectual e industrial», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, n.º 6, 2012; y NAVARRO FAURE, A.: «El régimen jurídico-tributario de la propiedad industrial en España», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 58, 2002.

⁸⁶ La *Confédération Fiscale Européene (CFE)*, en su *Opinion Statement FC 1/2016 on the public consultation Relaunch of the CCCTB*, considera que debe establecerse un nexo que permita asegurar que los gastos en I+D+i realmente incurridos en un Estado van a ser deducibles.

⁸⁷ Pueden verse los Informes Nacionales recogidos en el vol. 100a de los *Cahiers de Droit Fiscal International* de 2015, *inter alia*: MITTERLEHNER, K. y MITTERLEHNER, M.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Austria Report», ob. cit., pág. 128; DALSGAARD, D. y WINTHER-SØRENSEN, N.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Denmark Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, pág. 265; KÜNNAPAS, K.: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Estonia Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, pág. 279; RAJAMÄKI, A.: «Tax

no está confiriendo una ventaja fiscal adicional en la promoción de la I+D(+i) en relación con otras actividades⁸⁸. Por ende, puede entenderse que la intención de esta propuesta es a fin de la mera armonización de estándares. En segundo lugar, propone la introducción de una deducción mejorada, permitiendo que los contribuyentes se apliquen, hasta 20.000.000 de euros de gastos en I+D, una superdeducción (adicional) del 50 % anualmente⁸⁹. Sin duda, estas deducciones mejoradas suponen un fuerte estímulo fiscal a la I+D(+i), no obstante, no nos resulta la opción más adecuada en términos de efectividad en la consecución del objetivo y de adecuación a los principios de justicia tributaria.

Esas deducciones mejoradas o especiales en la base imponible permiten a las empresas deducir de su base un importe superior al gasto en I+D+i realizado, lo que supone una forma de ahorro fiscal (dependiendo del tipo impositivo, al operar en la base imponible)⁹⁰. De esta forma, se está concediendo una ventaja fiscal que va más allá del gasto en I+D+i incurrido por el contribuyente en la realización de las actividades de investigación. Es decir, cabría hablar de un beneficio fiscal no proporcionado al gasto o esfuerzo inversor.

A nuestro juicio, los incentivos fiscales a la I+D+i como actividad deben contemplarse a nivel de cuota y no de la base imponible. El extendido crédito fiscal (*tax credit* o *crédit d'impôt*) a la I+D+i permite aplicar un porcentaje de deducción que actúa directamente sobre la cuota íntegra, no dependiendo, así, del tipo impositivo del impuesto⁹¹. Asimismo, esta deducción en cuota puede configurarse como un sistema mixto, en el sentido de que permita beneficiar al sujeto que cuenta con una trayectoria regular en I+D+i («sobre el volumen»), así como beneficiar significativamente a aquel sujeto que, de manera progresiva, aumenta su esfuerzo inversor en I+D+i («sobre el incremento»). Lógicamente, este tipo de incentivo, es decir, la deducción en cuota, no formaría parte de la BICIS, sino que cada Estado, con base en sus competencias en materia tributaria, decidiría sobre su configuración. Consecuentemente, no sería un extremo uniformado, por lo que las empresas atenderían hasta a 28 sistemas en materia de deducciones en I+D+i.

En lo que se refiere al *patent box*, la propuesta de la Comisión no ha entrado a valorar estos regímenes, los cuales, en la actualidad, operan a nivel de la base imponible (v. gr. España o Bélgica) o bien

Incentives on Research and Development (R&D). Finland Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos, 2015, pág. 292.

⁸⁸ En términos generales, los gastos contables (esto es, los incluidos en la cuenta de pérdidas y ganancias) son normalmente deducibles en el año fiscal en que han sido incurridos. Por lo tanto, la deducibilidad fiscal no solamente cubre los costes en I+D+i, sino también otro tipo de gastos incurridos por los contribuyentes en el desarrollo de su actividad empresarial (bajo ciertas condiciones dependiendo de cada país).

⁸⁹ En el caso de que los gastos en I+D vayan más allá de los 20.000.000 de euros, los contribuyentes podrán deducirse el 25 % de la cantidad excedente. Por otra parte, con el objetivo de apoyar a las pequeñas empresas y emprendedores, se establece una deducción mejorada para este tipo de empresas que no se encuentren vinculadas a otras empresas y que sean particularmente innovadoras (cubriendo en particular a las denominadas *start-ups*). Los contribuyentes elegibles podrán deducirse el 100 % de sus gastos en I+D siempre y cuando no superen la cuantía de 20.000.000 de euros.

⁹⁰ CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA, M. B.: «Incentivos fiscales a la I+D en la OCDE: estudio comparativo», ob. cit., pág. 201; OECD (2002): *Tax Incentives for Research and Development: Trends and Issues*, ob. cit., pág. 12.

⁹¹ Véase nota anterior.

se erigen como un tipo de gravamen reducido (v. gr. Reino Unido o Países Bajos). En su Comunicación de junio de 2015, la Comisión únicamente se refería al enfoque del nexo como determinante de la vinculación entre el régimen especial y el lugar donde se genera el valor. Consecuencia lógica si finalmente se establece la BICCIS, será la reconsideración de aquellos *IP boxes* que operan a nivel de base.

Por otra parte, la Comunicación de junio de 2015 se refiere a los obstáculos –como la doble imposición– al desarrollo del mercado único que la UE trató de salvar por medio de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, y la Directiva sobre intereses y cánones. En relación con esta última, su artículo 3 establece que «[l]os pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos pagos [...] en dicho Estado de origen, siempre que el beneficiario efectivo de los intereses o cánones sea una sociedad de otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad de un Estado miembro»⁹².

Ahora bien, este tipo de normativa de la UE destinada a levantar obstáculos y evitar la doble imposición, puede involuntariamente llevar a una doble no imposición. Por ello, la Comisión, en su Comunicación de junio de 2015, considera que la refundición en curso de la Directiva sobre intereses y cánones es una oportunidad para que el Consejo actúe sobre este tipo de escenarios. Los últimos trabajos en este sentido apuntan a la introducción de una cláusula *de minimis* en la Directiva de intereses y cánones, similar a la introducida en la Directiva sobre sociedades matrices y filiales⁹³.

A pesar de ello, ha de señalarse que los Estados miembros no están realmente obligados a eximir de tributación los cánones e intereses en el Estado de la fuente. Puesto que, la propia directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros de manera unilateral dejen sin aplicación la misma⁹⁴. Con base en su artículo 5, la directiva «no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos», y, asimismo, los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la directiva «a cualquier transacción cuyo

⁹² Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados.

⁹³ En el documento «BEPS: Presidency roadmap on future work» (6039/16 FISC 20) de 19 de febrero de 2016 se señala el interés de la Presidencia (Países Bajos) en seguir avanzando con los trabajos sobre dicha cláusula antiabuso («*de minimis anti-abuse clause*») y, en concreto, centrándose en el concepto de una cláusula de tributación efectiva mínima (*Minimum Effective Taxation* [MET] clause). En este sentido, se plantean dos alternativas, la cláusula MET como único criterio o la cláusula MET combinada con un test de actividad económica. Asimismo, se establece la posibilidad de incluir o referirse al enfoque del nexo (modificado) de la OCDE en la Directiva de Intereses y Cánones. Este documento está disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6039-2016-INIT/en/pdf> (fecha consulta: 18 de marzo de 2016). En el «*Working Party on tax Questions – Direct Taxation*» de 16 de febrero de 2016 se aboga por un tipo efectivo mínimo del 10%. Es decir, los pagos por intereses y cánones quedarían exentos de tributación en el Estado de la fuente cuando el tipo de gravamen resultante de la aplicación del régimen tributario aplicable a esos pagos en el Estado de residencia sea al menos del 10%.

⁹⁴ A pesar de la opinión generalizada acerca de esta prohibición, la realidad es que la misma no existe dado que la directiva permite la adopción de medidas unilaterales que la dejen sin aplicación para neutralizar las prácticas fiscales abusivas. Ahora bien, ciertamente el objetivo principal de la directiva es evitar la doble imposición y asegurar que todas las rentas tributen solamente una vez dentro de la UE (JARASS, L. y OBERMAIR, G. M.: «Unilateral Withholding Tax To Counteract Base Erosion and Profit Shifting», *European Taxation*, 2015, pág. 511).

móvil principal o uno de cuyos principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso». De esta forma, en el actual contexto marcado por las iniciativas de la OCDE y de la UE por neutralizar las prácticas fiscales abusivas, los Estados miembros pueden introducir medidas unilaterales destinadas a impedir el *fraus legis*⁹⁵. Es el caso, por ejemplo, de la no deducibilidad de los cánones en el Estado de la fuente, bajo determinadas condiciones, introducido por Austria en 2014. O, por ejemplo, la propuesta, que realizan JARASS y OBERMAIR, de introducir unilateralmente una retención de todos los pagos por intereses y cánones en el Estado de la fuente⁹⁶.

Si bien podríamos compartir tal propuesta, dada la cobertura de la directiva a la introducción de ese tipo de medidas, en nuestra opinión, como ha quedado apuntado, la vinculación de los regímenes preferenciales al lugar donde se ha generado el valor pasa por la adopción de un enfoque estandarizado, y no a partir de medidas especiales adoptadas unilateralmente –y, por ende, dispersas dentro de un mismo espacio, el mercado interior–.

En el marco de este Plan de Acción, la Comisión Europea lanzó, en enero de 2016, un paquete de medidas para luchar contra las prácticas elusivas (*The Anti-Tax Avoidance Package, The ATA Package*). Este paquete de medidas gira alrededor de tres pilares: la tributación efectiva, de forma que las empresas tributen allí donde se generan los beneficios; la transparencia fiscal, de modo que los Estados miembros tengan la información necesaria para asegurar la justa tributación; y la superación del riesgo de doble imposición, de manera que las empresas que pagan debidamente su cuota tributaria no se vean penalizadas por hacer uso del mercado interior.

Entre los elementos de este paquete, se encontraba una propuesta de Directiva para prevenir las prácticas fiscales abusivas⁹⁷. El 12 de julio de 2016 fue adoptada por el Consejo la Directiva por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (*The Anti-Tax Avoidance Directive, The ATA Directive*), entrando en vigor 20 días después de su publicación en el Diario Oficial de la UE⁹⁸. El ámbito de aplicación de esta directiva son todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades (IS) dentro de la UE, así como aquellas filiales de empresas situadas fuera de la UE⁹⁹.

⁹⁵ Incluso, como bien ha reconocido el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), en varias de sus sentencias, la introducción de ese tipo de medidas unilaterales podría estar justificada en la eficacia de los controles fiscales, dado que es una razón imperiosa de interés general (*inter alia*, STJUE asunto *Société Baxter*, § 19).

⁹⁶ JARASS, L. y OBERMAIR, G. M.: «Unilateral Withholding Tax To Counteract Base Erosion and Profit Shifting», *ob. cit.*, págs. 512-514.

⁹⁷ COM (2016) 26 final: *Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market*, Bruselas, 28 de enero de 2016.

⁹⁸ Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market.

⁹⁹ Téngase en cuenta que las medidas contenidas en esta directiva serán incorporadas a las legislaciones nacionales, pudiendo no ser el caso de Reino Unido; pues, tras votar favorablemente a la salida de la UE (*brexít*), tomaría la posición de un tercer Estado en relación con la aplicación de la Directiva (MAISTO, G. y MALHERBE, J.: «Les conséquences fiscales du "Brexít"», *Revue de Droit Fiscal*, n.º 29, 2016, pág. 4).

Respecto a las normas sobre CFC, una vez cumplidas las condiciones que determinan que una entidad o establecimiento permanente tiene la consideración de CFC, el artículo 7.2 a) de la *ATA Directive* prevé la inclusión en la base imponible de las rentas no distribuidas de la entidad o establecimiento permanente cuando deriven de una serie de categorías (*entity based approach*), verbigracia cánones u otras rentas generadas por propiedad industrial. Ello no será de aplicación cuando la CFC lleve a cabo una actividad económica de importancia basada en una plantilla, un equipamiento, bienes e instalaciones, de lo que darán fe los hechos y circunstancias relevantes. Los Estados miembros pueden decidir no aplicar esta excepción si la CFC tiene su residencia en un tercer Estado que no forme parte del Acuerdo EEE. Adicionalmente, con base en el artículo 7.3 de la *ATA Directive*, los Estados miembros pueden optar por no considerar una entidad o establecimiento permanente como CFC si un tercio o menos de las rentas de esa entidad o establecimiento permanente pertenecen a alguna de las categorías recogidas. Por su parte, el artículo 7.2 b) de la *ATA Directive* prevé la inclusión en la base imponible de las rentas no distribuidas de la entidad o establecimiento permanente derivadas de mecanismos falseados que se han establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal (*transactional approach*)¹⁰⁰.

Por lo tanto, la *ATA Directive* recoge dos métodos o formas de atribución de rentas a la casa central. Ha de señalarse que, en el caso del denominado *entity based approach*, se recoge una excepción a la inclusión de determinadas rentas cuando exista actividad sustantiva, tales como cánones u otras rentas generadas por propiedad industrial. Probablemente ello esté pensando en el enfoque del nexo y en dejar fuera de la legislación sobre CFC a aquellas rentas que sean elegibles para un régimen de *patent box* consistente. No obstante, cabe apuntar que los requisitos de sustantividad aquí contemplados no coinciden, en puridad, con los requisitos que plantea el enfoque del nexo, por lo que podría darse el caso de que un contribuyente que se beneficia de un régimen consistente respecto de rentas derivadas de propiedad industrial tuviese que probar «los hechos y circunstancias relevantes» de su actividad para quedar fuera del ámbito de las normas sobre CFC. Por ende, como reza la Acción 3, la renta que procede de una actividad económica real debe excluirse del ámbito de aplicación del régimen de TFI. Y, más concretamente, las normas sobre CFC no deben aplicarse cuando la renta esté sometida a tributación conforme a un régimen de *patent box* en línea con el enfoque del nexo¹⁰¹.

Por último, aunque ha sido suprimido del texto final de la *ATA Directive* cabe hacer mención a la *switch-over clause* o cláusula de inversión que preveía el artículo 6 de la propuesta de enero de 2016, dada la incidencia que una cláusula de este tipo podría tener sobre los regímenes de *patent box*, incluso después de su adecuación al enfoque del nexo. Esta cláusula supone un límite a la exención de dividendos de fuente extranjera o las rentas de establecimientos permanentes, procedentes de terceros Estados, exigiendo un tipo nominal del IS en el Estado de localización de la filial o del establecimiento permanente de al menos el 40% del tipo del Estado de la matriz o casa central.

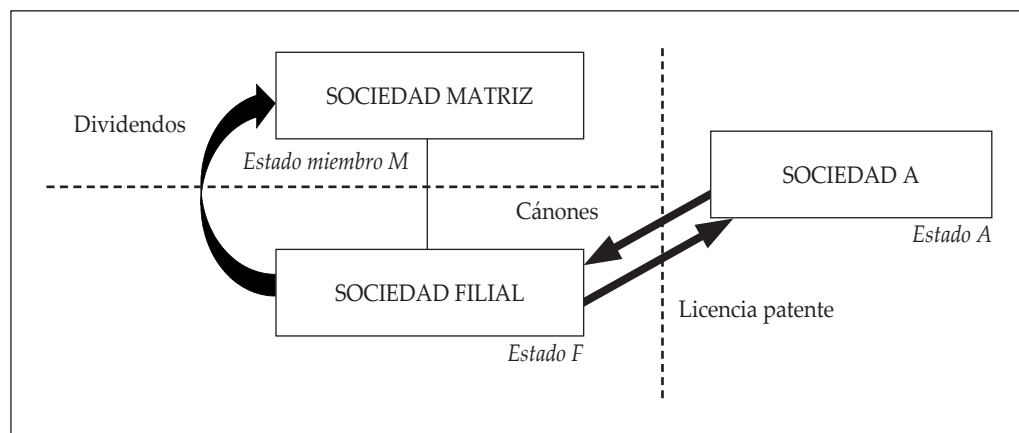
¹⁰⁰ A estos efectos, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que la entidad o establecimiento permanente no poseyera los activos o no hubiera asumido los riesgos que generan una parte o la totalidad de su renta si no estuviera controlada por una sociedad en la que las personas influyentes ejercen funciones, pertinentes en relación con dichos activos y riesgos, que contribuyen a la generación de la renta de la sociedad controlada.

¹⁰¹ Vid. GIL GARCÍA, E.: «The Effect of Anti-Avoidance Provisions Regarding the Promotion of Innovation: Considerations from a Tax Policy Perspective», *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º 10, 2016, págs. 589 y 590.

De modo que, en primer lugar, esta cláusula solamente se aplicaría cuando el contribuyente sea una entidad residente en un Estado miembro de la UE teniendo bajo su control directo una filial residente en un tercer Estado o bien un establecimiento permanente situado fuera de la UE. Segundo, las rentas de esa filial o establecimiento permanente estarían sujetas, en ese tercer Estado, a un tipo de gravamen inferior al 40% del tipo impositivo al que habrían sido gravadas conforme a la normativa del Estado miembro en que se encontrase el contribuyente. Curiosamente, la propuesta de esta cláusula se refería al tipo de gravamen nominal, mientras que en el mismo texto, tanto en la versión inicial como en la aprobada en julio de 2016, el articulado relativo a las normas sobre CFC se refiere al tipo de gravamen efectivo. La *switch-over clause* se refiere a las rentas que el contribuyente recibe por la distribución de beneficios de una entidad extranjera o bien por la enajenación de sus acciones, así como por las rentas que el contribuyente recibe del establecimiento permanente situado en un tercer Estado.

Si tales condiciones se reúnen, el Estado miembro de que se trate no podría dejar exenta de tributación esa renta de fuente extranjera, sino que quedaría gravada aplicando la correspondiente deducción por la deuda tributaria que hubiese pagado en el Estado de residencia¹⁰². La configuración de la cláusula de inversión propuesta por la Comisión iba dirigida a que los beneficios de entidades residentes en Estados de baja tributación, fuesen gravados en el territorio de la UE. Por lo que los grupos empresariales europeos tendrían que revisar el lugar de establecimiento de sus filiales extranjeras, puesto que el cumplimiento de las condiciones indicadas implica la consideración de jurisdicción de baja tributación y, por ende, la no exención de las rentas de fuente extranjera en el Estado de la casa central.

Figura 2. Reparto beneficios intragrupo



¹⁰² Esta cláusula se decanta por el método de imposición para corregir la doble imposición internacional, cuando la entidad residente en un tercer Estado esté sometida a una baja tributación. Recuérdese que el método de imposición somete a tributación las rentas de fuente extranjera permitiendo una deducción en la cuota del impuesto extranjero que haya gravado las mismas, mientras que el método de exención no somete a imposición las rentas de fuente extranjera. El método de imposición presupone que el principio de residencia debe primar sobre el origen de las rentas.

En la **figura 2**, la «Sociedad Matriz» tiene su residencia en el Estado miembro «M» de la UE, cuyo tipo de gravamen del IS es del 25 %. Ejerce el control directo de la «Sociedad Filial», residente en un tercer Estado (Estado «F»). La «Sociedad Filial» crea y desarrolla intangibles, cediendo su uso a la «Sociedad A», residente en el Estado «A». Los cánones que recibe por la licencia de las patentes se benefician de un tipo de gravamen reducido del 9 % (36 % del tipo de gravamen del Estado miembro «M») por la existencia de un régimen de *patent box* consistente con el enfoque del nexo en el Estado «F». Los dividendos que recibe la «Sociedad Matriz», en la distribución de beneficios de la «Sociedad Filial», no podrían beneficiarse de la exención en el Estado de la casa central por aplicación de la *switch-over clause*, sino que tributarían aplicando la correspondiente deducción.

Atendiendo a esa consideración –como se ha dicho– del enfoque del nexo como una especie de cláusula antiabuso, el acceso a un régimen de *patent box* consistente implica la ausencia de práctica abusiva. Por lo tanto, esta *switch-over clause* podría suponer un desincentivo al desarrollo y explotación de intangibles, dado que el beneficio tributario obtenido tras el cumplimiento del requisito de sustantividad quedaría, en cierto modo, neutralizado por la sujeción *a posteriori* en el Estado de la matriz por aplicación de la cláusula de inversión. De esta forma, la introducción de esta cláusula, por un lado, evitaría las situaciones de deducciones dobles o doble no imposición –consecuencia de la planificación fiscal agresiva– y, por otro, podría suponer cierto desincentivo a la creación de intangibles.

A partir de estas cuestiones, cabría hablar de una posible competencia fiscal entre los Estados miembros, dada la disparidad en cuanto al tipo de gravamen dentro del propio territorio de la Unión. En el caso planteado (figura 2), si la casa central residiese en Austria, cuyo tipo de gravamen es del 25 %¹⁰³, los dividendos recibidos de la entidad extranjera quedarían sujetos a imposición en territorio austriaco, mientras que si la casa central fuese residente en Bulgaria, cuyo tipo de gravamen es del 10 %¹⁰⁴, no tributarían dentro de la UE por estar fuera del ámbito de aplicación de la *switch-over clause*. También bajo el prisma de la competencia fiscal, la inclusión de este tipo de cláusula podría colocar a los Estados miembros en una posición menos ventajosa. Puesto que, podría resultar más interesante situar la casa central de un grupo empresarial en terceros Estados –con método de exención– o en otro Estado miembro con un tipo de gravamen menor para así evitar la aplicación de la *switch-over clause* y sus posibles efectos neutralizadores sobre los regímenes de I+D+i. Paradójicamente cabría situar este escenario en el fenómeno de la planificación fiscal. Incluso podría afectar, como apuntan NAVARRO, PARADA y SCHWARZ, a la tasa de empleo de los Estados miembros, dado que la migración empresarial fuera del territorio de la Unión implicaría la pérdida del trabajo generado por tales empresas¹⁰⁵. En efecto, las empresas innovadoras suponen un fuerte impulso para la creación de empleo, especialmente para la contratación de personal investigador

¹⁰³ WORLDWIDE TAX SUMMARIES: *Corporate Taxes 2016/17*, pág. 127 (disponible en: www.pwc.com/taxsummaries [fecha consulta: 1 de abril de 2017]).

¹⁰⁴ WORLDWIDE TAX SUMMARIES: *Corporate Taxes 2016/17*, pág. 299 (disponible en: www.pwc.com/taxsummaries [fecha consulta: 1 de abril de 2017]).

¹⁰⁵ NAVARRO, A.; PARADA, L. y SCHWARZ, P.: «The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», *EC Tax Review*, vol. 25, n.º 3, 2016, pág. 122.

altamente cualificado. De modo que este tipo de cláusula no solo podría neutralizar el efecto incentivador de las medidas fiscales a favor de la I+D+i, sino además afectar negativamente al empleo.

Con base en todo esto, la supresión de la cláusula de inversión en el texto final de la *ATA Directive* debe valorarse, a nuestro juicio, positivamente.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Los Planes de Acción de la UE y de la OCDE persiguen restituir la simetría perdida entre el lugar en el que los tributos son debidos y el lugar donde el valor es creado. Tradicionalmente esta simetría podía preservarse por la aplicación de los principios de fuente y residencia, pero los desarrollos legales y tecnológicos de las estructuras empresariales dejan a esos criterios desfasados y con la necesidad de su reconsideración (OCDE, 2013). Por un lado, la prevalencia del criterio de residencia para evitar la doble imposición en los convenios ha supuesto la no tributación en el Estado de la fuente. Por otro lado, la introducción de medidas fiscales para favorecer el desarrollo de actividades económicas ha supuesto el vaciamiento de las bases impositivas nacionales. Por lo que, consecuentemente, esta situación ha llevado a la no tributación en ningún sitio, es decir, se ha pasado de la doble imposición a la doble no imposición. Podría decirse que, aun no siendo el objetivo de estos planes, las medidas anti-BEPS suponen reforzar el criterio de residencia. Bajo el objetivo de abordar las prácticas fiscales de elusión y planificación en Europa, las medidas propuestas en el paquete antiabuso de la UE se orientan a asegurar la tributación (efectiva) de determinadas rentas dentro del territorio de la Unión, en concreto en aquel lugar en el que se ha creado el valor; pero no parecen suponer el fin de las estructuras de planificación fiscal¹⁰⁶.

Efectivamente, uno de los pilares inspiradores de estas iniciativas es la sustantividad, de forma que la tributación de los beneficios –v. gr. los derivados de la propiedad industrial– quede vinculada al lugar en el que se ha desarrollado la actividad económica sustantiva –v. gr. la actividad de I+D+i subyacente–. Con ello se evita el traslado de beneficios hacia jurisdicciones de nula o baja tributación en las que no se ha llevado a cabo una verdadera actividad económica, más allá de la mera localización de un intangible. No obstante, el fenómeno de la erosión de la base imponible seguirá existiendo, solo que se producirá allí donde el valor se haya generado. Es decir, la explotación del intangible en el mismo lugar en que este ha sido creado y desarrollado da acceso al régimen de *patent box* basado en el enfoque del nexo y ello permite vaciar legítimamente la

¹⁰⁶ En este sentido, el informe elaborado por el grupo verde del Parlamento Europeo sobre la estructura del grupo IKEA ve este paquete de medidas como un pequeño pero incompleto paso para hacer frente a la elusión fiscal por las grandes empresas en Europa, y como a pesar de las buenas intenciones del paquete parece que va a seguir siendo sencillo para las grandes compañías y los paraísos fiscales europeos continuar con ciertos abusos. Este informe concluye diciendo que el paquete antiabuso presentado por la Comisión no aborda todos los «agujeros» usados por el grupo IKEA para reducir su carga tributaria, por lo que es necesario un paquete de medidas más ambicioso para luchar efectivamente contra la elusión fiscal corporativa en Europa. El informe se encuentra disponible en: <http://www.greens-efa.eu/ikea-flat-pack-tax-avoidance-15188.html> (fecha consulta: 28 de marzo de 2016).

base imponible. Por lo tanto, el *patent box* así configurado se erige como una caja a la innovación, que aun no siendo una caja vacía (*cash box*) *per se* erosiona «sustantivamente» la base imponible.

En otras palabras, las prácticas fiscales abusivas que se pretenden contrarrestar por medio de la aplicación del enfoque del nexo no terminan con la planificación fiscal empresarial, pues dado el efecto incentivador que el *patent box* y otros incentivos representan para las empresas que realizan I+D+i, seguirán estableciéndose estructuras entorno a estos regímenes para disfrutar de sus beneficios, pero todo ello presidido por el elemento de la sustantividad.

Ello nos lleva a la conclusión de que el nuevo paradigma de la denominada era post-BEPS no viene marcado –principalmente en el contexto de los intangibles– por el fin de la planificación fiscal «agresiva», sino por su conversión en planificación fiscal «sustantiva».

Bibliografía

ADORJAN, T y VELDHUIZEN, R. [2015]: «EU Introduces Plans Regarding a Fair and Efficient Corporate Tax System», *European Taxation*.

AIGNER, H. J.; SCHEUERLE, U. y STEFANER, M. [2004]: «General Report» en LANG, M. *et al.*: *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Linde verlag Wien y Kluwer Law International, Londres.

ARGINELLI, P. [2015]: «Innovation through R&D Tax Incentives: Some Ideas for a Fair and Transparent Tax Policy», *World Tax Journal*, vol. 7, n.º 1.

ARGINELLI, P. y PEDACCINI, F. [2014]: «Prime riflessioni sul regime italiano di patent box in chiave comparata ed alla luce dei lavori dell'Ocse in materia di contrasto alle pratiche fiscali dannose», *Rivista di diritto tributario*, n.º 9, parte V.

AULT, H. J.; SCHÖN, W. y SHAY, S. E. [2014]: «Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, n.º 6/7.

BAYONA DE PEROGORDO, J. J. [1991]: *El Derecho de los gastos públicos*, IEF, Madrid.

BAYONA DE PEROGORDO, J. J. y SOLER ROCH, M. T. [1989]: *Derecho Financiero*, vol. 1, COMPAS; 2.ª ed., Alicante.

BRAUNER, Y. [2014]: «BEPS: An Interim Evaluation», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1.

– [2014]: «What the BEPS?», *Florida Tax Review*, vol. 16, n.º 2.

CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. [2014]: «El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones ("BEPS"): ¿Final, el principio del final o el final del principio?», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2.

CORCHUELO MARTÍNEZ-AZÚA, M. B. [2007]: «Incentivos fiscales a la I+D en la OCDE: estudio comparativo», *Cuadernos Económicos de ICE*, n.º 73, Ministerio de Economía y Competitividad.

CORDÓN EZQUERRO, T. [2013]: «La planificación fiscal agresiva y la estrategia de la Comisión UE para combatirla», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 7.

- DALSGAARD, D. y WINTHER-SØRENSEN, N. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Denmark Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- DANON, R. J. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). General Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- EASSON, A. y ZOLT, E. M. [2002]: «Tax Incentives», *World Bank Institute*.
- EUROPEAN COMMISSION [2015]: *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (Final Report)*, Taxation Papers, Working Paper n.º 61.
- FELDER, M. [2013]: *IP Boxes from a European, Liechtenstein and Swiss Perspective*, Schulthess Verlag, Zürich.
- FREEDMAN, J. [2004]: «Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle», *British Tax Review*, n.º 4.
- GIL GARCÍA, E. [2016]: «The Effect of Anti-Avoidance Provisions Regarding the Promotion of Innovation: Considerations from a Tax Policy Perspective», *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º 10.
- JARASS, L. y OBERMAIR, G. M. [2015]: «Unilateral Withholding Tax To Counteract Base Erosion and Profit Shifting», *European Taxation*.
- KÜNNAPAS, K. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Estonia Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- LOEPRIK, J. [2015]: «Indirect Access to Intellectual Property Regimes – Effects on Austrian and German Affiliates», *WU International Taxation research Paper Series*, n.º 13.
- LUJA, R. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). European Union Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- MAISTO, G. y MALHERBE, J. [2016]: «Les conséquences fiscales du "Brexit"», *Revue de Droit Fiscal*, n.º 29.
- MAROTO SÁEZ, A. [2005]: «Medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional», *Documentos de Trabajo*, Instituto de Estudios Fiscales (IEF), n.º 22.
- MARTÍN LÓPEZ, J. [2006]: *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- [2013]: «La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación», *Revista española de derecho financiero*, Civitas, n.º 157.
 - [2014]: «La Norma General Antiabuso del Reino Unido», *Civitas. Revista española de derecho financiero*, n.º 164.
 - [2015]: «Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias», *Quincena Fiscal*, n.º 8.
- MITTERLEHNER, K. y MITTERLEHNER, M. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Austria Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- NAVARRO FAURE, A. [1993]: *Aspectos jurídico-financieros del Déficit Público. Especial referencia al déficit autonómico*, Generalitat Valenciana, Conselleria d'Economia i Hisenda, Valencia.
- [2002]: «El régimen jurídico-tributario de la propiedad industrial en España», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 58.

- [2012]: «Los gastos deducibles derivados de la propiedad intelectual e industrial», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, n.º 6.
- NAVARRO, A.; PARADA, L. y SCHWARZ, P. [2016]: «The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», *EC Tax Review*, vol. 25, n.º 3.
- PALOMERO ÁLVAREZ-CLARO, R. [2012]: «Las medidas antiabuso en la fiscalidad internacional», *Cuadernos de Formación IEF*, Colaboración 12/12, vol. 15.
- PANTALEO, N.; POSCHMANN, F. y WILKIE, S. [2013]: «Improving the Tax Treatment of Intellectual Property Income in Canada», *Commentary No. 379, Fiscal and Tax*, Policy, C.D. Howe Institute.
- PÉREZ BERNABEU, B. [2014]: «R&D&I Tax Incentives in the European Union and State Aid Rules», *European Taxation*, vol. 54, n.º 5.
- PISTONE, P. [2014]: «Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 1.
- RAJAMÄKI, A. [2015]: «Tax Incentives on Research and Development (R&D). Finland Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 100a, Sdu Uitgevers, La Haya, Países Bajos.
- SALGADO BARCA, M. B. y PALLARÉS RODRÍGUEZ, R. [2014]: «El *patent box* en España: análisis del artículo 23 del TRLIS», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, 19, noviembre I.
- SANZ-GÓMEZ, R. [2015]: «The OECD's Nexus Approach to IP Boxes: A European Union Law Perspective», *WU International Taxation Research Paper Series*, n.º 12.
- SOLER ROCH, M. T. [2011]: «Las normas antiabuso generales y especiales», *VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros*, Instituto de Estudios Fiscales, n.º 12.
- SPENGLER, C. *et al.* [2013]: «Profit Shifting and "Aggressive" Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform», *ZEW Discussion Paper*, n.º 078.
- SCHÖN, W. [2000]: «Tax Competition in Europe-The Legal Perspective», *EC Tax Review*, vol. 9, n.º 2, Kluwer Law International.
- SCHUCHTER, Y. y KRAS, A.: «Austria - Corporate Taxation (sec. 1.)», *Country Surveys IBFD* (acceso 30 de junio de 2015).
- TAVEIRA TORRES, H. [2012]: «Tributación de intangibles» (Relatoría General), en SERRANO ANTÓN, F.; SIMÓN ACOSTA, E. y TAVEIRA TORRES, H.: *Fiscalidad y globalización*, Aranzadi, Pamplona.
- TRAVERSA, E. [2014]: «Tax Incentives and Territoriality within the European Union: Balancing the Internal Market with the Tax Sovereignty of Member States», *World Tax Journal*, vol. 6, n.º 3.
- VANISTENDAEL, F. [2002]: «Janus with Two Faces, or the Many Faces of Taxation», en ANDERSSON, K.; MELZ, P. y SILFVERBERG, C. (ed.): *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer Law International.
- WAERZEGGERS, C. y HILLIER, C. [2016]: «Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR)», *Tax Law IMF Technical Note*, vol. 1.

LA SENTENCIA DE LA US TAX COURT EN EL CASO AMAZON: UN PRECEDENTE RELEVANTE SOBRE CONTROVERSIAS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA, INTANGIBLES Y ECONOMÍA DIGITAL

José Manuel Calderón Carrero

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de A Coruña*

EXTRACTO

Este trabajo analiza la reciente sentencia dictada por la US Tax Court en el caso Amazon, toda vez que constituye un importante precedente en materia de *transfer pricing*; la sentencia aborda una serie de aspectos centrales referidos a la valoración de operaciones intragrupo de transferencia de activos intangibles, al hilo de las operaciones que fueron realizadas por parte de la matriz americana del grupo Amazon a favor de su filial luxemburguesa a los efectos del desarrollo de la plataforma europea de comercio electrónico. Tal transferencia de intangibles se realizó con arreglo a un «acuerdo de reparto de costes» (ARC), en el marco de una operación de reestructuración internacional.

Palabras clave: precios de transferencia, acuerdos de reparto de costes, transferencia de intangibles y reestructuraciones de grupos multinacionales.

Fecha de entrada: 06-04-2017 / Fecha de aceptación: 26-04-2017 / Fecha de revisión: 08-05-2017

THE US TAX COURT RULING IN AMAZON: A LEADING CASE ON TRANSFER PRICING LITIGATION RELATED TO INTANGIBLE ASSETS AND DIGITAL ECONOMY

José Manuel Calderón Carrero

ABSTRACT

This paper analyzes the recent US Tax Court ruling in the Amazon case, which constitutes an important leading case on transfer pricing. The Tax Court ruling addresses a good number of key issues relating to the valuation of intra-group transactions involving the transfer of intangible assets, as those that were carried out between the US parent company of the Amazon group and its Luxembourg subsidiary for the purposes of the development of the European e-commerce platform. Such transfer of intangibles was carried out under a «cost sharing agreement» (CSA) in the context of an international business restructuring operation.

Keywords: transfer pricing, cost sharing arrangements, transfer of intangibles and restructuring of multinational enterprises.

Sumario

1. Consideraciones preliminares
2. Síntesis de las principales cuestiones resueltas por la US Tax Court en el caso Amazon
3. Precisiones sobre los antecedentes de hecho del caso Amazon
4. La decisión de la US Tax Court en el caso Amazon
 - 4.1. Principios generales establecidos por la Tax Court en relación con los ajustes de precios de transferencia sobre acuerdos de reparto de costes
 - 4.2. Posición de la Tax Court sobre la metodología empleada por el IRS para ajustar el «pago de entrada» de la entidad AEHT en el CSA por la transferencia de intangibles desarrollados por Amazon US
 - 4.3. Posición de la Tax Court sobre la metodología empleada por el contribuyente para valorar el «pago de entrada» de la entidad AEHT en el CSA por la transferencia de intangibles desarrollados por Amazon US
5. Algunas reflexiones al hilo de la sentencia de la US Tax Court en el caso Amazon

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente estudio tiene por objeto exponer las principales aportaciones que pueden extraerse de la Sentencia de 23 de marzo de 2017, dictada por la US Tax Court en el caso Amazon¹, la cual constituye, a nuestro juicio, un importante precedente en materia de *transfer pricing*. En esta sentencia, el referido tribunal americano se pronuncia esencialmente sobre una serie de aspectos centrales referidos al análisis y valoración de un conjunto de operaciones intragrupo de transferencia de activos intangibles (tecnológicos, de marketing e información comercial) que fueron realizadas en su día por parte de la matriz americana del grupo Amazon a favor de su filial luxemburguesa a los efectos del desarrollo de la plataforma europea de comercio electrónico. Tal transferencia de intangibles se llevó a cabo con arreglo a un «acuerdo de reparto de costes» (ARC/CSA), en el marco de una operación de reestructuración internacional.

El interés y valor de este precedente supera la dimensión específica referida a los ARC, ofreciendo una serie de «lecciones» sobre la práctica internacional de *transfer pricing valuation & litigation*, particularmente en lo que se refiere a la aplicación del *arm's length* respecto de modelos de negocio propios de la economía digital desarrollados por empresas multinacionales.

2. SÍNTESIS DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES RESUELTAS POR LA US TAX COURT EN EL CASO AMAZON

En el año 2005 la matriz del grupo americano Amazon y sus filiales americanas (Amazon US, en adelante), por un lado, y su filial luxemburguesa, Amazon Europe Holding Technologies SCS (AEHT, en adelante), por otro, concluyeron un «acuerdo de reparto de costes» (*cost sharing arrangement*, CSA en adelante).

A través de este acuerdo (CSA), la matriz Amazon US transfirió a AEHT derechos sobre una serie de activos intangibles previamente desarrollados por tal entidad americana, lo cual determinó un «pago de entrada» o *buy-in payment* por importe de 254.5 millones de dólares por parte de la referida filial luxemburguesa en relación con los mencionados *pre-existing intangibles* referidos a la tecnología, *software*, marcas y dominios, e información comercial necesaria para el desarrollo de la plataforma europea de negocio *online*.

Igualmente, el CSA establecía que la entidad AEHT debía realizar pagos anuales para compensar a Amazon US por los costes de desarrollo de intangibles (*ongoing intangible development*

¹ *Amazon.com, Inc. & Subsidiaries, Petitioner v. Commissioner of Internal Revenue, Respondent*; 148 TC n.º 8, Docket n.º 31197-12, Filed March 23, 2017. La sentencia tiene valor como precedente, ya que no constituye un *Tax Court Memo* que no tiene tal valor. *Vid.*: SALTZMAN, *IRS Practice and Procedure*, WGL, Boston, Chapter 1-30 y ss.

costs, IDC en adelante) en los que incurría con posterioridad a su participación en el CSA, en la medida en que tales actividades beneficiaran a la referida filial.

El IRS (*Internal Revenue Service*) de EE. UU., en el marco de un procedimiento de inspección, llevó a cabo varios ajustes de precios de transferencia ex Sec. 482 del IRC (*Internal Revenue Code*) que, básicamente, cuestionaban tanto la valoración realizada por el contribuyente en relación con el «pago de entrada» o «*CSA buy-in payment*», como la base de imputación de los pagos anuales con la que debía contribuir la filial luxemburguesa (AEHT) al entender que no incluía todos los costes de desarrollo de los intangibles (IDC) que beneficiaban a tal filial.

El ajuste de precios de transferencia realizado por el IRS se refirió al «*CSA buy-in payment*», de suerte que la Administración tributaria americana aplicando el método de «descuento de flujos de caja» (DCF) determinó un «pago de entrada» de la filial por importe de 3.6 mil millones de dólares, que más tarde se redujo a 3.468 billion.

Amazon US argumentó que la metodología utilizada por el IRS era muy similar a la que ya había sido rechazada por la US Tax Court en el caso *Veritas Software v. Commissioner*². Asimismo, el contribuyente argumentó que, de acuerdo con los hechos y circunstancias del caso refrendados por testimonios de un buen número de expertos técnicos, el ajuste del IRS resultaba arbitrario y no razonable, en tanto que la metodología valorativa utilizada (*comparable uncontrolled transaction*, CUT en adelante) por su parte para fundamentar el valor de mercado constituía el *best method* para calcular el *buy-in payment* con arreglo al *arm's length principle* recogido en la Sec. 482 IRC.

En la misma línea, Amazon US defendió la razonabilidad de su modelo de imputación de costes de desarrollo de intangibles a partir de una determinada categorización de los «cecos».

La Tax Court básicamente se alineó con la posición del contribuyente, en consonancia con su precedente (*Veritas Software*), de manera que la sentencia estableció lo siguiente:

- 1.º La redeterminación realizada por el IRS del importe del «pago de entrada» al CSA por parte de AEHT fue arbitraria, caprichosa y no razonable.
- 2.º La metodología empleada por el contribuyente –el CUT–, con determinadas correcciones, constituye el «mejor método» para determinar el valor de mercado del «pago de entrada» respecto del conjunto de intangibles (tecnológicos, *software*, marcas y dominios, e información comercial/*customer information*) transferidos por la matriz a la filial luxemburguesa para el desarrollo de la plataforma europea de comercio electrónico (*EU website business*).
- 3.º El IRS abusó de su potestad administrativa al imputar el 100% del ceco «*Technology and Contents*» como IDC, de suerte que el modelo de imputación de costes

² *Veritas Software v. Commissioner*, 133 TC 297 (2009); esta sentencia fue objeto de apelación por el IRS ante la US Court of Appeals for the Ninth Circuit el 19 de febrero de 2016 y en tal sentido no es firme.

utilizado por el contribuyente, con ciertos ajustes, constituye una base razonable para realizar tal asignación de costes a los IDC.

3. PRECISIONES SOBRE LOS ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO AMAZON

A efectos de contextualizar las operaciones de transferencia de intangibles que formaron parte del CSA firmado en el año 2005 entre Amazon US y la entidad AEHT y fijar los hechos y circunstancias del caso, resulta conveniente completar los antecedentes referidos con otra serie de detalles recogidos en la propia sentencia de la Tax Court, aunque no podemos menos que advertir que se trata de una mera síntesis que no pretende exponer exhaustivamente el rico y complejo sustrato fáctico del caso. Así, nos limitamos a destacar una serie hechos y circunstancias que consideramos ayudan a entender mejor el caso:

- Amazon US desde su constitución hasta 2005 era titular de la propiedad intelectual (intangibles tecnológicos) que fue «transferida» a través del CSA (2005) a la entidad AEHT.
- El CSA incluía dos fórmulas de compensación por parte de la entidad AEHT a Amazon US: a) un «pago de entrada» (*buy-in payment* de 254.5 millones \$ a pagar en 7 años) correspondiente a los intangibles desarrollados por Amazon US hasta el año 2005 que fueron transferidos a la entidad AEHT; y b) los pagos anuales que debía realizar la entidad AEHT a Amazon US por los costes de desarrollo (IDC) de los intangibles incurridos con posterioridad a la firma del CSA.
- Los intangibles transferidos con arreglo al CSA por Amazon US a la entidad AEHT durante los años 2005-2006 (cubiertos por el «pago de entrada») fueron agrupados en tres grupos desde el plano transaccional, a saber:
 - a) Intangibles tecnológicos: el *software* y la tecnología para la operación de los *websites*, «*fulfillment centers*» y las actividades comerciales relacionadas con el desarrollo de la plataforma europea de comercio electrónico de AEHT.
 - b) Intangibles de marketing, incluyendo marcas y nombres comerciales, y nombres de dominio relevantes para el negocio europeo.
 - c) Intangibles comerciales: las listas de clientes y otra información comercial relevante de la clientela europea.
- El objeto final de la controversia o litigio planteado ante la Tax Court, tras alcanzar un acuerdo sobre otros aspectos de las operaciones comprendidas en el CSA³, se

³ Cabe destacar, a su vez, como la US Tax Court, durante el proceso judicial, por un lado, aceptó el requerimiento de protección de la confidencialidad de la documentación presentada por Amazon, considerando la necesidad de pre-

limitó a dos aspectos: a) la determinación del valor de mercado del «pago de entrada» que debía satisfacer la entidad AEHT a Amazon US por la transferencia de los referidos intangibles, y b) la correcta fijación de los costes anuales de desarrollo de los intangibles (IDC) que debía satisfacer la entidad AEHT a Amazon US.

En relación con la determinación del valor de mercado del «pago de entrada» que debía satisfacer la entidad AEHT a Amazon US por la transferencia de los referidos intangibles, el contribuyente y el IRS mantenían posiciones encontradas respecto de la metodología valorativa que resultaba aplicable a los efectos de la fijación de la base imponible del IS de Amazon US:

- Básicamente, el contribuyente defendió un enfoque y metodología de precios de transferencia que pasaba por los siguientes elementos:
 - Enfoque transaccional (no agregado) a efectos de determinar el valor de mercado correspondiente a cada grupo de intangibles: a) intangibles tecnológicos relacionados con la plataforma comercio electrónico o *licence agreement* (valor entre 117 y 182 millones \$), b) intangibles de marketing o *assignment agreement* (valor entre 115 y 165 millones \$)⁴, y c) información comercial sobre clientes (parte del *assignment agreement*) (valor entre 52 y 66 millones \$).
 - Utilización de una vida útil de los intangibles definida o limitada (7 años respecto de los intangibles tecnológicos).
 - Aplicación del método CUT sobre la base de comparables internos y externos⁵ (dependiendo del caso)⁶.
- La Administración tributaria norteamericana, por su parte, defendió un enfoque y metodología de precios de transferencia que pasaba por los siguientes elementos:

servar secretos industriales y comerciales de la compañía; por otro lado, el tribunal estimó el recurso planteado por Amazon frente al requerimiento de la otra parte de comparecencia y testimonio del CEO de Amazon, estableciendo que tal comparecencia impone una carga excesiva a tal persona considerando en particular como ya habían testificado 15 ejecutivos que poseían el mismo nivel de información a los efectos solicitados. *Vid.*: BYRNES, W.: «Analysis of the 200+ page Amazon Decision. Is it the Death Knell of the Income Method and Inclusion of Employee Stock Compensation for Cost Sharing Agreement Valuation?», *Kluwer International Tax Blog*, March 24, 2017.

⁴ Nótese que las filiales europeas del grupo Amazon ostentaban, antes de la reestructuración, determinados derechos de propiedad intelectual (marcas comerciales y nombres de dominio) a nivel local, las cuales fueron transferidas al *headquarter regional* (AEHT) en el marco de esta reorganización por importe global de 5 millones de dólares (pág. 26 de la sentencia de la US Tax Court en Amazon).

⁵ El contribuyente utilizó referencias de operaciones comparables (internos) realizados con terceros independientes (WalMart, Sears, Barnes & Noble, Marks & Spencer) donde Amazon prestaba servicios de tecnología de comercio electrónico utilizando la tecnología y activos intangibles similares a los que fueron objeto de transferencia vía CSA.

⁶ Cabe mencionar que la documentación de precios de transferencia de Amazon elaborada por Deloitte utilizaba la metodología de residual *profit split* (a partir de una estimación de flujos de caja futuros) respecto de la valoración del *buy-in payment*, pero durante el proceso judicial se utilizó un CUT para defender el valor de mercado de tal «pago de entrada».

- Enfoque agregado a efectos de determinar el valor global de mercado correspondiente al conjunto de intangibles, incluyendo además otros «activos» (*workforce in place, goodwill*), como si se tratara de la transmisión de un negocio en funcionamiento (*going concern valuation approach, CSA as akin to a sale or geographic spinoff of the US parent's international business*); el método de valoración, además, debía compensar a Amazon US por el *re-search value* presente en los intangibles preexistentes en el momento de su transferencia con arreglo al CSA.
- Utilización de una vida útil indefinida de los intangibles.
- Aplicación del método de valoración de «Descuento de flujos de caja» (DCF).

En relación con la correcta fijación de los costes anuales de desarrollo de los intangibles (IDC) que debía satisfacer la entidad AEHT a Amazon US, el contribuyente y el IRS también discreparon sobre determinados aspectos de la metodología valorativa que resultaba aplicable a los efectos de la fijación de la base imponible del impuesto sobre sociedades de Amazon US:

- Básicamente, el contribuyente defendió un modelo multifásico de identificación, clasificación y asignación de los costes de desarrollo de los intangibles comprendidos en el CSA, a partir de cecos. La discrepancia se refiere a un importante ceco (*Technology and Content, T&C*), inicialmente no incluido en la base de costes a repartir con arreglo al CSA, y que la Administración consideraba imputable en su totalidad, en tanto que el contribuyente entendía que solo la mitad de tales costes de T&C eran imputables a los IDC. Asimismo, se planteó en este contexto si la *stock-based compensation* referida a los empleados cuyo «coste laboral» formaba parte de los cecos identificados como IDC debía o no formar parte de la base de costes a repartir con arreglo al CSA, cuestión que la Tax Court ya decidió en sentido negativo en la sentencia *Veritas Software* (ya citada)⁷.

Las operaciones de transferencia de intangibles enmarcadas en el CSA y realizadas entre Amazon US y la filial luxemburguesa AEHT fueron debidamente «causalizadas» por parte del contribuyente, de suerte que la sentencia de la Tax Court refleja de forma amplia el conjunto de evidencias sobre las distintas razones de negocio que motivaron el desarrollo centralizado de una plataforma europea de comercio electrónico situada en el territorio de un Estado miembro. De esta

⁷ Existen otros pronunciamientos de tribunales norteamericanos rechazando la integración de los costes de las opciones sobre acciones de los empleados incluidos en los centros de coste que desarrollan actividades de I+D+i cubiertas por el acuerdo de reparto de costes, atendiendo fundamentalmente a las evidencias presentadas por los contribuyentes en el sentido de que se trata de costes que partes independientes que realizan operaciones similares (acuerdos de desarrollo conjunto de intangibles) no comparten (véanse los casos *Xilinx v. Comm'r*, 598 F. 3 d. 1191 (9th Cir. 2010); *Altera v. Comm'r*, 145 TC n.º 3, Docket n.º 6253-12, 9963-12 (July 27, 2015); y *Medtronic v. Comm'r*, TC Memo 2016-112, Docket n.º 6944-11 (June 9, 2016). En relación con esta jurisprudencia en conexión con el caso *Amazon*, vid.: BYRNES, W.: «Analysis of the 200+ page Amazon Decision...», *op. cit.*

forma, el tribunal americano, a la hora de enjuiciar el caso, parte de la base de que la transferencia de los intangibles a través del CSA está fundamentada en *sólidas razones de negocios* que no resultan afectadas por el hecho de que se eligiera una jurisdicción fiscal de conveniencia para la localización de la filial europea que desarrollaría la plataforma de comercio electrónico en Europa.

A su vez, cabe añadir que la sentencia deja constancia de que la referida filial luxemburguesa tenía *sustancia económica* en términos de medios humanos y materiales, incluso con anterioridad a la firma del CSA, y que el grupo Amazon ya operaba en el año 2015 en tres mercados europeos (Alemania, Reino Unido y Francia) a través de filiales (que operaban bajo un esquema de comisionistas), que desarrollaban el negocio de forma muy local y con escaso nivel de coordinación, todo lo cual generaba ineficiencias y problemas (*v. gr., latency*) relacionados con el desarrollo del negocio en los mercados europeos afectando negativamente al desempeño de los «tres pilares básicos» del modelo de negocio (*selection, price and convenience*) dañando la propia reputación de la empresa frente a los consumidores en un entorno altamente competitivo (*competition is literally one click away*).

En este sentido, el CSA se presenta como una pieza más de una *operación global de reestructuración* del grupo Amazon en Europa, a efectos de crear un «*headquarter & holding regional*» (AEHT) que centralizara y coordinara una serie de funciones esenciales para el desarrollo del negocio en los distintos mercados europeos. Tras la referida reestructuración, la entidad AEHT asumió el papel funcional que venía desempeñando Amazon US respecto de las filiales europeas, y en tal sentido desarrolló funciones activas de sociedad *holding*, propietaria del inventario vendido en Europa, licenciante de intangibles, prestadora de los servicios de alojamiento de los servidores y *call centers*, en tanto que las filiales europeas comenzaron a prestar servicios a la entidad luxemburguesa (AEHT), en lugar de a la matriz americana Amazon US, como acontecía con anterioridad a la reestructuración. La evolución posterior del negocio europeo de Amazon puso de relieve el desarrollo de nuevos productos y mercados impulsados por las funciones desarrolladas por AEHT, es decir, una contribución de valor relevante al desarrollo del negocio de Amazon en Europa consistente con el role operativo y funcional de tal entidad.

Durante el procedimiento judicial se pusieron igualmente de manifiesto otra serie de evidencias –algunas de ellas a través de testimonios de expertos– relativas al desarrollo y cambios en el modelo de negocio *online* en los mercados europeos, el nivel de competencia y la rápida evolución de la tecnología y el *software* y sus implicaciones respecto de las actividades de innovación del grupo y la propia vida útil (definida o limitada) de los activos intangibles tecnológicos relacionados con las plataformas de venta *online*.

4. LA DECISIÓN DE LA US TAX COURT EN EL CASO AMAZON

El tribunal americano analizó los argumentos esgrimidos por el contribuyente (US Amazon) que se oponía a la regularización de precios de transferencia realizada por el IRS en relación con la valoración del «pago de entrada» de la entidad AEHT en el CSA (2005) y la base de

costes anuales de desarrollo de intangibles (IDC) que debía ser objeto de reparto, en los términos antes expuestos. Amazon US alegó que el IRS había abusado de la potestad de *profit allocation* que establecía la Sec. 482 IRC, de manera que el ajuste era arbitrario, caprichoso o no razonable.

La Tax Court, como ya indicamos más arriba, estimó en gran medida el recurso de Amazon US, confirmando el carácter arbitrario o no razonable del ajuste de precios de transferencia realizado, en línea con la posición adoptada en el precedente *Veritas Software*. No obstante, la sentencia introduce correcciones relevantes en la metodología valorativa utilizada por el contribuyente, poniendo de manifiesto como los casos de precios de transferencia, además de ser intensivamente fácticos, no se enjuician a partir de enfoques de *all-or-nothing*.

Las principales ideas-forza que, a nuestro juicio, pueden extraerse del pronunciamiento de la Tax Court son expuestas a continuación.

4.1. PRINCIPIOS GENERALES ESTABLECIDOS POR LA TAX COURT EN RELACIÓN CON LOS AJUSTES DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA SOBRE ACUERDOS DE REPARTO DE COSTES

- Según la Tax Court, los ajustes de precios de transferencia que prevé la regulación de *cost-sharing arrangements* únicamente están permitidos en dos casos, a saber: a) para garantizar que se realice un pago de entrada con arreglo al principio de plena competencia por los intangibles preexistentes, y b) para verificar que cada participante pague su parte correspondiente de los costes de desarrollo de intangibles (IDC)⁸.
- El método de la operación libre comparable (CUT), existiendo comparables suficientemente fiables, constituye el *best method* para valorar los «pagos de entrada» en un CSA, rechazando la aplicación de la metodología de valoración agregada de la transferencia de empresa en funcionamiento a través de un DCF.
- El método de la operación libre comparable (CUT) debe ser aplicado en relación con cada una de las operaciones de cesión de intangibles, sin que sea correcta una metodología de valoración agregada de acuerdo con los hechos y circunstancias presentes en los casos *Amazon* y *Veritas Software*.

⁸ La doctrina americana puso de relieve como esta limitación de la potestad de la Administración tributaria en relación con los ajustes o correcciones sobre acuerdos de repartos de costes tuvo como principal efecto la utilización de este mecanismo para realizar migraciones en masa de intangibles por parte de las MNE americanas. Esta percepción general y del propio Departamento del Tesoro de EE. UU. de que los ARC constituían una suerte «a *loophole in the fabric of the transfer pricing regime*» provocó, además de varias modificaciones de tal regulación específica, una reacción dirigida a aplicar *de facto* en este contexto la regulación general de *transfer pricing*, lo cual ha generado un importante grado de litigación con resultados poco favorables para las autoridades fiscales americanas. *Vid.*: LEV, A.: «Offshore Migration of US Intellectual Property: an Unintended effect of transfer pricing regulations», *TNI*, vol. 28, n.º 3, 2002, págs. 284 y ss.

- No se acepta una vida útil indefinida de los intangibles transferidos, considerándose que los «intangibles tecnológicos relacionados con las plataformas de comercio electrónico» tienen una vida útil de 7 años.

4.2. POSICIÓN DE LA TAX COURT SOBRE LA METODOLOGÍA EMPLEADA POR EL IRS PARA AJUSTAR EL «PAGO DE ENTRADA» DE LA ENTIDAD AEHT EN EL CSA POR LA TRANSFERENCIA DE INTANGIBLES DESARROLLADOS POR AMAZON US

- El tribunal rechaza la posición y testimonios presentados que asignan una vida útil indefinida a los activos intangibles preexistentes que fueron transferidos por Amazon US con arreglo al CSA.
- La Tax Court no acepta la calificación global de las operaciones de transferencia de intangibles realizadas con arreglo al CSA como una venta de negocio en funcionamiento (*CSA as akin to a sale or geographic spinoff of the US parent's international business*), que debe ser objeto de valoración conjunta (*aggregate valuation approach*) de acuerdo con una técnica de valoración de empresas (DCF, descuento de flujos de caja: *buy-in payment as equal to the present value of the royalty payments estimated in step 1, discounted at the rate determined in step 2*).
- No se acepta una vida útil indefinida de los intangibles transferidos, considerándose que los «intangibles tecnológicos relacionados con las plataformas de comercio electrónico» tienen una vida útil de 7 años. Ello excluye una metodología DCF basada en la vida útil indefinida de los intangibles, ya que no se limitaría a capturar el valor atribuible a los intangibles preexistentes al CSA desconociendo que el «pago de entrada» convierte a la entidad AEHT en «copropietario» de tales activos con arreglo al CSA. El coste de desarrollo de estos intangibles (IDC) no puede formar parte del *buy-in payment* sino en su caso del reparto de costes anual *ex post*. Tal posición también se rechazó considerando la sustancia económica de la entidad AEHT (disponer de activos tangibles e intangibles propios, así como de mano de obra cualificada) y su capacidad (operativa y funcional) para contribuir a desarrollar intangibles autogenerados o preexistentes.
- La valoración agregada de la operación (a través de un método DFC), calificada como una transmisión de negocio en funcionamiento, supone computar elementos que no constituyen «*pre-existing intangibles*», esto es, *residual business assets* (v. gr., *workforce in place, going concern value, goodwill, growth options*)⁹, y en tal sentido tal meto-

⁹ El tribunal consideró, por un lado, que la Sec. 936 (h)(3)(B) IRC no incluye el fondo de comercio extranjero, el valor de una empresa en funcionamiento o del capital humano de una entidad, toda vez que tales activos no poseen un valor

dología no es acorde con las *US Treasury Regulations*¹⁰. A su vez, el tribunal, en línea con su posición en los casos *Veritas Software* y *Guidant LLC v. Comm'r*¹¹, rechazó tal metodología basada en un enfoque de agregación, ya que no contribuye a fijar de forma razonablemente fiable el valor de mercado del pago de entrada por los intangibles preexistentes en el marco de un CSA. A este respecto, resulta relevante destacar como la Tax Court rechazó que este enfoque valorativo pudiera fundamentarse en la regla de las «alternativas realistas disponibles», toda vez que el IRS argumentó que una entidad independiente hubiera preferido mantener la titularidad de todos los intangibles a una operación como la realizada a través del CSA que daría acceso a un competidor a las «joyas de la corona», de suerte que el análisis valorativo que captura el valor de esta alternativa realista pasa por estimar los flujos futuros de caja del negocio europeo de Amazon. La Tax Court rechazó de plano tal posición, considerando, por un lado, que la correcta aplicación de la regulación de CSA permite determinar un valor de mercado adecuado a los efectos del cumplimiento del principio de plena competencia, y, por otro, que el IRS, con arreglo a las *US Treas. Regs.*, solo puede reestructurar las operaciones realizadas por los contribuyentes cuando la estructura carece de «sustancia económica»¹², aspecto que no fue cuestionado por la Administración. Por tanto, la correcta utilización de las categorías e instrumentos establecidos por la normativa de precios de transferencia (v. gr., un ARC/CSA) en el marco de operaciones dotadas de sustancia económica, limita de forma muy relevante enfoques de regularización alternativos como los basados en las alternativas realistas disponibles¹³ o el no reconocimiento de las operaciones (que ya ha sido cercenado considerablemente

independiente de los servicios de cualquier persona, tal y como exige la regulación aplicable. Por otro lado, la Tax Court también indicó que incluso si pudiera llegar a aceptarse que el fondo de comercio extranjero constituía un intangible a los efectos de la aplicación del pago de entrada del ARC, tal intangible habría sido desarrollado sustancialmente por las filiales europeas de Amazon y no por la matriz. Cabe apuntar como la posición del tribunal americano sobre la naturaleza del fondo de comercio (y el *going concern value*) coincide a grandes rasgos con la que ha quedado reflejada en el Informe BEPS (2015), Acciones 8-10 (paras. 6.27-6.29), en el sentido de que la OCDE no llega a identificar el fondo de comercio como un activo intangible autónomo a efectos de *transfer pricing*, pero se requiere tener en cuenta su valor a efectos de la determinación de una contraprestación de mercado de las operaciones (ventas de bienes o prestaciones de servicios) sobre las que puede proyectarse o tener influencia.

¹⁰ Sec. 1.482-4 (b)(6) *US Treas. Regs.* Nótese que en el año 2009 el Departamento del Tesoro norteamericano publicó «*temporary cost sharing regulations*» (finalizadas en 2011) que superaban el enfoque de la regulación previa que limitaba el «pago de entrada» a los «*pre-existing intangibles*», integrando ahora «*platform contribution transactions*» que incluyen otros elementos en la valoración (*workforce, goodwill value*). Tal regulación no aplica al caso y el tribunal rechazó su retroactividad vía enfoques alternativos como los desarrollados por el IRS. En relación con la evolución de la normativa norteamericana relativa a los *cost sharing arrangements*, vid.: KUNTZ y PERONI: *US International Taxation*, WGL, Boston, 2013, vol. 1, A.3.07.5; y BYRNES, W.: «Analysis of the 200+ page Amazon Decision...», *op. cit.*

¹¹ 146 TC 60, 82-83 (2016).

¹² Véase, en este sentido, el caso *Claymont Invs., Inc. v. Comm'r*, TC Memo 2005-254, 90 TCM (CCH) 462, 467.

¹³ CANALE *et aliter*: «US Tax Court holds IRS was arbitrary, capricious and unreasonable in determining Amazon subsidiary's buy-in-payment», *International Tax Alert*, EY, 28 March 2017.

en el Informe Final [2015], Acciones 8-10 de BEPS)¹⁴. La misma conclusión aplica a toda operación intragrupo (incluidas las reestructuraciones) dotada de sustancia económica y sólidas razones de negocios.

4.3. POSICIÓN DE LA TAX COURT SOBRE LA METODOLOGÍA EMPLEADA POR EL CONTRIBUYENTE PARA VALORAR EL «PAGO DE ENTRADA» DE LA ENTIDAD AEHT EN EL CSA POR LA TRANSFERENCIA DE INTANGIBLES DESARROLLADOS POR AMAZON US

El tribunal aceptó la metodología CUT para valorar la transferencia de cada una de las tres categorías de activos intangibles que tuvo lugar con motivo de la firma del CSA con Amazon US (valoración del «pago de entrada» respecto de los intangibles preexistentes), pero no validó completamente todas las premisas sobre las que se construyó la valoración de manera que finalmente la sentencia sí establece correcciones o ajustes sobre la determinación de la base imponible de Amazon US.

La metodología CUT utilizada por el contribuyente para valorar el *buy-in payment* realizado por la entidad AEHT fue objeto de varias correcciones por parte de la Tax Court al hilo del debate técnico entre los expertos del IRS y de Amazon sobre la aplicación práctica de tal metodología en relación con la valoración de la transferencia de cada una de las categorías de intangibles:

- **Posición de la Tax Court sobre la valoración de la transferencia de los intangibles tecnológicos:**
 - *Royalty rate*: el tribunal consideró varios comparables internos aportados por el contribuyente, y determinó la necesidad de realizar varios ajustes de comparabilidad al tratarse de «comparables imperfectos»; a su vez, la Tax Court consideró más adecuado tomar en consideración una serie de contratos comparables en lugar de adoptar un *royalty rate* basado en un único contrato. Finalmente, se rechazó un ajuste de comparabilidad basado en el volumen de ventas, ya que las evidencias presentadas (contratos comparables internos) eran contradictorias, de manera que la Tax Court estableció que un *flat royalty rate* sobre ventas *online* resultaba adecuado para valorar la cesión de intangibles tecnológicos.
 - *Vida útil de los activos intangibles tecnológicos*: el tribunal rechazó el enfoque de vida útil indefinida y aceptó los testimonios de los expertos que la fijaban en 7 años.

¹⁴ *Vid.* a este respecto: CALDERÓN: «La evolución del marco valorativo y de reconocimiento de las operaciones intragrupo: las aportaciones del TS en el caso Peugeot a la luz de los estándares internacionales del Plan BEPS», *Revista Interactiva de Actualidad Tributaria* (AEDAF), octubre 2016.

- «*Decay curve & tail period*»: la Tax Court validó, con pequeños ajustes, la curva de deterioro del *royalty rate* durante su vida útil (7 años) que presentó el experto de Amazon. El «valor residual» de los activos también fue ajustado siguiendo la posición de un experto del IRS.
 - *Revenue base*: la Tax Court aceptó la posición de los expertos en el sentido de que el momento de inicio del pago de los *royalties* (sobre ventas) a computar viene dado por el momento en que el «cesionario» (en el caso de un ARC/CSA el adquirente de los intangibles) comienza a obtener ingresos como consecuencia de la utilización de los intangibles transferidos.
 - *Tasa de descuento*: el tribunal básicamente aceptó la tasa de descuento del 18% correspondiente al WACC de Amazon, aplicando un *capital asset pricing model*.
- **Posición de la Tax Court sobre la valoración de la transferencia de «intangibles de marketing»:**
 - El tribunal aceptó la aplicación del CUT sobre la base de comparables externos extraídos de la base de datos ktMine.
 - *Royalty rate*: el tribunal entró en el análisis de la comparabilidad de los distintos contratos aportados por las dos partes, y debatió sobre los elementos que afectaban a la comparabilidad excluyendo determinados contratos atendiendo no solo a las diferencias en los términos contractuales sino también tomando en consideración la «fuerza de ventas» de la marca, de forma que aquellos contratos de licencia de marcas cuya «fuerza de ventas» es de baja intensidad no se consideraron comparables a Amazon. Igualmente se consideró la oportunidad de realizar ajustes a la baja del ratio del *royalty* por volumen (*waterfall structures*), de suerte que la *Tax Court* también rechazó tal ajuste afirmando que los «*flat royalty rates*» son la norma en este tipo de contratos de licencia de intangibles de marketing.
 - *Vida útil de los activos intangibles*: el tribunal rechazó la posición del IRS que defendía su vida útil indefinida, de suerte que la mayoría de los expertos consultados se pronunció en sentido contrario, indicando que tal vida útil y valor de los intangibles de marketing (marcas) depende fundamentalmente de un conjunto de factores entre los que destaca las inversiones, gestión, marketing, publicidad y organización de ventas¹⁵; en este caso, además, existe una conexión entre el valor de la marca y el desarrollo de la tecnología de Amazon, dado que si los consumidores quedan insatisfechos por su «experiencia de compra», los

¹⁵ Estos factores de contribución de valor de los intangibles de marketing ya fueron reconocidos por la jurisprudencia americana (caso *Nestle Holdings v. Comm'r*, TC Memo. 1995-441, 70 TCM (CCH) 682, 696), y ahora aparecen reflejados en el Informe de las Acciones 8-10 de BEPS a través de las denominadas «*DEMPE functions*».

intangibles de marketing perderían valor rápidamente. A la vista de los distintos informes de los expertos, el tribunal consideró razonable la estimación de vida útil de 20 años para los intangibles de marketing transferidos.

- *Revenue base*: la Tax Court aceptó la posición de los expertos en el sentido de que el momento de inicio del pago de los *royalties* (sobre ventas brutas) a computar viene dado por el momento en que el «cesionario» comienza a obtener ingresos como consecuencia de la utilización de los intangibles transferidos.
- *European portfolio*: el contribuyente defendió que la mitad del valor de los intangibles de marketing comprendidos en el CSA se correspondía con intangibles ostentados por las filiales europeas de Amazon, antes de ponerse en marcha la reestructuración de la que formó parte el CSA (proyecto Goldcrest). Y en tal sentido, Amazon US argumentó que tal valor debía ser excluido del «pago de entrada». La sentencia refleja en este sentido como las filiales alemana y francesa de Amazon habían registrado determinadas marcas comerciales y nombres de dominio por su cuenta y riesgo a efectos de operar en los mercados locales. Amazon US, por tanto, defendió la propiedad legal de tales intangibles por parte de las filiales europeas, en tanto que el IRS argumentó que el verdadero titular de tales intangibles de marketing era Amazon US, ya que era la entidad que había realizado todas las inversiones y asumido todos los riesgos relacionados con la creación y desarrollo de los intangibles, de suerte que las US Treas. Regs.¹⁶ autorizaban a la Administración a asignar una relación contractual entre personas vinculadas de forma consistente con la sustancia de la transacción; en este sentido, el IRS argumentó igualmente que las filiales europeas de Amazon US actuaron en realidad como agentes de la matriz a la hora de registrar tales intangibles. La Tax Court rechazó todos los argumentos esgrimidos por el IRS. Así, por un lado, indicó que existían buenas razones de negocios (o motivos económicos válidos) que fundamentaban localizar la titularidad de los intangibles de marketing en las filiales europeas de Amazon, dado que, entre otras cosas, acontecía que la normativa alemana y francesa solo permitía a las entidades locales registrar nombres de dominio locales (v. gr., Amazon.de o Amazon.fr); y lo mismo acontecía en relación con el registro de marcas con arreglo al Protocolo de Madrid en materia de marcas comerciales, ya que en tal fecha EE. UU. no lo había ratificado y, por tanto, una entidad americana no podía invocarlo. Por otro lado, la Tax Court puso de relieve que las filiales europeas que habían registrado las marcas comerciales y nombres de dominio utilizaban tales intangibles de marketing para el desarrollo de su negocio, de suerte que tales entidades contaban con importantes

¹⁶ *US Treas. Regs.* 1.482-4 (f)(3)(ii)(A) y 1.482-1 (d)(3)(ii)(B)(2). Tal potestad de asignación del contrato de forma consistente con la sustancia económica posee su reflejo en los principios establecidos en el Informe Final BEPS (2015) relativo a las Acciones 8-10, en particular cuando se refiere a la correcta delimitación de la operación en el marco del análisis funcional (véanse los puntos D.1 y D.2 del referido informe BEPS).

equipos comerciales que adaptaban la actividad y el negocio a las preferencias culturales, tradiciones, regulaciones, etc., propias de los consumidores de los mercados geográficos en los que operaban, asumiendo riesgos significativos de marketing dado que tales filiales operaban como «comisionistas» retribuidos en función de las ventas locales no existiendo garantía de obtener una remuneración derivada de sus actividades de marketing. Según la Tax Court, todo ello evidenciaba que las referidas filiales europeas no ostentaban tales marcas y dominios como meros agentes de la matriz. Así las cosas, la Tax Court se alineó con el contribuyente considerando que las filiales europeas de Amazon registraron y usaron los intangibles de marketing en el desarrollo activo de su negocio, ayudaron a desarrollar el valor de tales activos, y asumieron riesgos de marketing significativos, de manera que la «estructura de titularidad» de los mismos no carecía de sustancia económica. Una vez que se aceptó este enfoque, el tribunal americano entró a analizar la cuestión del valor que había que asignar a tales intangibles de marketing propiedad de las filiales europeas a efectos de su exclusión del *buy-in payment* del CSA. El modelo económico elaborado por el experto del contribuyente –que asignaba el 50% del valor de los intangibles de marketing a los intangibles en manos de las filiales europeas– fue rechazado por el tribunal, considerando que sus fundamentos no eran consistentes, ni la metodología fiable desde el plano valorativo; la Tax Court optó, siguiendo básicamente la posición del IRS, por apoyarse en la metodología utilizada por el propio contribuyente a la hora de justificar el valor de mercado de la transferencia de los intangibles de marketing por las filiales europeas a la entidad AEHT en el marco de la reestructuración, y en tal sentido estableció que el 25% de los intangibles de marketing transferidos en el marco del CSA debía ser asignado al «*European portfolio*».

- **Posición de la Tax Court sobre la valoración de la transferencia de «información comercial»:**
 - La Tax Court abordó la valoración de estos intangibles consistentes en «información comercial valiosa» (*customer information*) referida a nombres, *emails*, números de teléfono, datos de tarjetas de crédito y su historial de compra *online*. Tal información comercial fue transferida por Amazon US a la entidad AEHT en el marco del CSA, habiendo sido valorada por el contribuyente con arreglo al método CUT, basado en comparables internos relativos a «*Associates and Syndicated Stores agreements*» concluidos por Amazon con terceros independientes de acuerdo con los cuales estos recibían una comisión (*referral fee ranged from 4 to 8% on sales*) por la remisión de información comercial de consumidores. Las partes discreparon de la mecánica en la aplicación del método, no así en lo que se refiere a los comparables. La Tax Court, considerando los testimonios de los expertos, aceptó la metodología utilizada por el contribuyente para valorar estos intangibles, aunque estableció algunos ajustes sobre la misma respecto de una serie de cuestiones, a saber:

- a) «Vida útil» de la información comercial: el tribunal se alineó con el experto que fundamentó el valor comercial de tal información durante 10 años.
- b) Valoración de otros elementos no incluidos en las «comisiones por ventas»: uno de los expertos argumentó que la determinación del valor de esta información comercial debía conectarse con otros elementos como la fuerza de la marca Amazon, y como la información comercial remitida por Amazon US a la entidad AEHT se refería a «clientes» ya fidelizados por la empresa que tenían más valor y potencial de compra. El tribunal rechazó tal enfoque, argumentando que el retorno de los consumidores a la plataforma de comercio electrónico de Amazon estaba vinculado esencialmente con su nivel de satisfacción con la ejecución de Amazon en relación con los tres pilares de su modelo de negocio (*selection, price and convenience*) y no únicamente con su «impresión» de la marca¹⁷; a su vez, se puso de relieve como los intangibles de marketing ya habían sido computados a los efectos de la valoración del «pago de entrada» en el CSA. La Tax Court validó, por tanto, la metodología (con los referidos ajustes), fijando el valor de mercado del pago de entrada en concepto de «intangibles comerciales» en 129 millones de dólares.

- **Posición de la Tax Court sobre los «Cost Sharing payments»:**

- La última cuestión controvertida examinada por el tribunal norteamericano versó sobre el reparto de costes de desarrollo de intangibles (IDC), una vez firmado el acuerdo de reparto de costes entre las entidades Amazon US y AEHT. Tal reparto debe hacerse atendiendo a factores que razonablemente reflejen la porción de beneficios esperados por cada participante. La fórmula de reparto basada en la cifra de negocios de las dos partes no fue objeto de controversia, limitándose esta, fundamentalmente, a determinar si el «ceco» (*Technology and Content*), no incluido en la base de costes (*cost pool*) a repartir con arreglo al CSA, resultaba o no imputable en su totalidad al CSA (tal y como postulaba el IRS) o, por tal contrario, tan solo la mitad de tal ceco resultaba imputable al CSA formando parte de los IDC (posición del contribuyente). El tribunal se alineó con el contribuyente a la vista de las evidencias presentadas fundamentando que el ceco T&C incluía significa-

¹⁷ Algunos autores han defendido la necesaria ponderación de los diferentes elementos que contribuyen al éxito de un negocio de distribución minorista a gran escala, en el sentido de que no puede atribuirse mecánicamente una prevalencia de los intangibles tecnológicos sobre los de marketing o comerciales, allí donde el desarrollo y explotación de los mismos está disociada en el marco de la cadena de valor. *Vid.*: SCHMID, A.: «Tax treatment of services: Does value of patents and technical know-how prevail over the value of marketing efforts?», *ITPJ*, January/February 2005, pages. 16 y ss.

tivos costes no relacionados con el desarrollo de los intangibles transferidos con arreglo al CSA. La Tax Court aceptó la fórmula propuesta por el experto de Amazon que establecía un criterio razonable de imputación de los costes integrados en el referido ceco (T&C) a la base de IDC que debía ser repartida entre las entidades Amazon US y AEHT.

5. ALGUNAS REFLEXIONES AL HILO DE LA SENTENCIA DE LA US TAX COURT EN EL CASO AMAZON

La sentencia de la Tax Court, a mi modesto entender, no puede ser considerada como un mero pronunciamiento o precedente extranjero sobre la aplicación del *arm's length* en relación con acuerdos de reparto de costes que carece de valor más allá de tal ámbito y regulación norteamericana.

Por el contrario, esta sentencia americana posee gran valor, al ofrecer una serie de «lecciones» (en sentido anglosajón) sobre la práctica internacional de «*transfer pricing valuation & litigation*».

Entre los aspectos que podrían ser destacados cabe mencionar, cuando menos, los siguientes:

- El papel determinante de la fijación de los hechos en los casos de precios de transferencia, tanto a efectos de realizar el delineamiento transaccional en el análisis funcional, como de cara a justificar ajustes de comparabilidad, o fundamentar la sustancia económica y razones de negocios de operaciones globales de reestructuración empresarial en las que concurren motivos fiscales de cierta relevancia¹⁸.
- Cómo la carga de la prueba sobre la correcta determinación del valor de mercado de las operaciones realizadas, con arreglo al *arm's length*, recae de forma compartida sobre la administración y los contribuyentes, de manera que cada parte debe fundamentar fáctica y técnicamente su posición sin poder limitarse a «deconstruir» o destruir la posición contraria. En este orden de cosas, cabe enfatizar la relevancia e intensidad con la que se emplean testimonios de expertos técnicos en la práctica procesal norteamericana, a efectos de valorar los hechos, soportar afirmaciones técnicas o fundamentar criterios económicos. En el caso Amazon el contribuyente utilizó 18 expertos y la administración 12, de suerte que el debate procesal y la

¹⁸ Este aspecto también ha sido destacado por los comentaristas que ponen de relieve cómo Amazon logró aportar evidencias más sólidas en relación con las premisas sobre las que se fundamentaban sus posiciones fiscales y metodología valorativa. Por ejemplo, Amazon acreditó como el nuevo *software* se desarrolló prácticamente desde cero, lo cual echó por tierra el planteamiento de fondo del IRS que construyó su metodología partiendo de la base de que los intangibles tecnológicos se desarrollaban en cadena o evolutivamente, lo cual posee evidentes implicaciones respecto de los costes de creación de valor, titularidad y vida útil. Igualmente, Amazon logró acreditar la importancia de contribución de valor a la creación y desarrollo de intangibles (fondo de comercio e intangibles de marketing) por parte de las filiales europeas del grupo Amazon. *Vid.*: SHEPPARD, L.: «Challenging Outbound Transfers of Intangibles», *TNI*, April, 17, 2017, pág. 192.

decisión judicial finalmente adoptada sobre un buen número de aspectos técnicos se fundamentó en alguna de las opiniones o testimonios de los expertos que aportaron los correspondientes criterios que permitieron al tribunal adoptar posiciones fundamentadas de forma más sólida¹⁹. Es más, podría llegar a afirmarse que, en determinado tipo de casos, la existencia de reglas procesales que admiten abiertamente el uso de este tipo de elementos probatorios determina la estrategia procesal de defensa en favor de procedimientos judiciales domésticos en lugar de acudir a mecanismos internacionales de resolución de controversias (MAP/Arbitraje ex CDI), donde tales aportaciones no tienen tan fácil encaje. En este sentido, podría decirse que esta sentencia enseña una fórmula para mejorar el debate procesal en materia de valoración de precios de transferencia²⁰, aunque también pone de relieve su elevado nivel de complejidad técnica que, en ocasiones, puede afectar a la «igualdad de armas» en este tipo de contiendas (que no solo enfrentan a autoridades fiscales y contribuyentes, sino también a Administraciones tributarias de distintos países que no siempre poseen los mismos medios y capacidad técnica)²¹.

- La sentencia de la Tax Court aporta igualmente fundamentos técnicos de gran relevancia para la práctica actual (post-BEPS) en materia de precios de transferencia, particularmente respecto de operaciones con intangibles. En este orden de cosas, cabe destacar, por ejemplo, los principios establecidos en relación con las siguientes cuestiones técnicas que afectan a la valoración de la transferencia y licencia de uso de intangibles: a) el método más adecuado para valorar complejas operaciones de transferencia de intangibles (el *comparable uncontrolled transaction method* o CUT en este caso)²²; b) la correcta utilización de comparables internos y externos,

¹⁹ Algunos autores han puesto de relieve como la falta de coordinación técnica de los testimonios de expertos aportados por el IRS debilitó considerablemente las posiciones mantenidas por la Administración al revelar inconsistencias (*vid.*: KASSAM: «IRS Loss in Amazon Case Seen Highlighting a Flawed Approach», 60 *DTR* K-1, Bloomberg BNA, 03/30/2017, pág. 1).

²⁰ En parecidos términos, *vid.*: MARTINS, A.: «Witness Testimony in Transfer Pricing Litigation», *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2017, págs. 32 y ss. En España, cabe apuntar como cada vez con más frecuencia se admiten testimonios de expertos en materia de precios de transferencia, de suerte que en algunos casos su participación ha sido relevante (STS de 31 de mayo de 2016, caso Peugeot, rec. núm. 58/2015 [NFJ062977]), en tanto que en otros prácticamente no se tuvo en cuenta (SAN de 16 de julio de 2015, caso Cadbury Schweppes, rec. núm. 267/2012 [NFJ060631], la cual fue posteriormente anulada por la STS de 21 de febrero de 2017, rec. núm. 2970/2015 [NFJ065744]).

²¹ De hecho, tal diferencial de capacidad técnica y *expertise* constituye uno de los principales argumentos esgrimidos por las autoridades de países en desarrollo para oponerse a la articulación convencional de mecanismos de resolución de controversias como el arbitraje fiscal internacional. *Vid.*: WANYANA OGUTTU: «Resolving Treaty Disputes: the challenges of Mutual Agreement Procedures with Special Focus on Issues for Developing Countries in Africa», *Bulletin for International Taxation*, December 2016, págs. 724 y ss.

²² A este respecto, cabe destacar la preferencia que, en muchas ocasiones, muestran los tribunales (y la propia OCDE) por la utilización del CUT (o el CUP) en relación con la determinación del valor de la transferencia de intangibles en el marco de operaciones complejas como las planteadas en el caso comentado (*vid.* en el mismo sentido: KASSAM: «IRS Loss in

y los ajustes de comparabilidad; c) la relevancia del análisis de sustancia económica de las operaciones realizadas; d) la cuestión de la valoración agregada o separada de operaciones conectadas o interrelacionadas; e) la relevancia valorativa y fórmula para la fijación de la vida útil de los activos intangibles transferidos; f) la trascendencia del desarrollo de «*Dempe functions*» a los efectos de la imputación de beneficios en relación con operaciones intragrupo de transferencia de intangibles; y g) los límites a la potestad administrativa de ajustes de precios de transferencia, en particular en lo que concierne a la imposibilidad de «crear» nuevos hechos imponibles a través de la aplicación de una norma valorativa como el *arm's length principle*, o las importantes restricciones sobre el «poder» de reconstrucción y no reconocimiento de las transacciones realizadas efectivamente por los contribuyentes²³.

- Asimismo, resulta importante destacar como tanto el enfoque administrativo de la regularización como la perspectiva de análisis del caso desplegada por el tribunal americano se construyen desde el respeto o reconocimiento de la configuración (y calificación) de las operaciones intragrupo realizadas por el contribuyente, y ello, a pesar de que nos encontrábamos ante una operación (legítima) de reestructuración de un grupo MNE donde concu-

Amazon Case Seen Highlighting a Flawed Approach», *op. cit.*; y SHEPPARD, L.: «Challenging Outbound Transfers of Intangibles», *op. cit.*, págs. 192-193). Nótese que, a pesar de que se manejan «comparables imperfectos» (externos o internos) y deben realizarse estimaciones de beneficios considerando flujos de caja esperados durante la vida útil de los activos transferidos, el tribunal y los expertos entienden que esta metodología CUT (CUP) ofrece resultados suficientemente fiables a efectos del *profit allocation*. En este sentido, no parece que resulte del todo necesario acudir a métodos *two-sided* (como el *Profit Split*) para lograr una aplicación razonable y consistente del principio de plena competencia respecto de la valoración de la transferencia de intangibles en operaciones complejas, sin perjuicio de la conveniencia de utilizar tales técnicas bilaterales como «*sanity check*». A este respecto, debe señalarse que la reconfiguración del *arm's length* derivada del Informe sobre las Acciones 8-10 de BEPS no implica un descabalgamiento o superación de los métodos de valoración unilaterales (*one-sided*), aunque no puede perderse de vista como las Administraciones tributarias de determinados países (particularmente los de países emergentes y en desarrollo) están defendiendo enfoques metodológicos bilaterales (*Profit Split* basados en criterios de creación cuantitativos: ventas, activos y empleados) a efectos de determinar una asignación del beneficio alineada con los procesos de creación de valor (*vid.*: MILEWSKA, M.: «A Mexican Perspective on Value Creation under the OECD's BEPS Approach to Transfer Pricing», *ITPJ*, January/February 2017, págs. 49 y ss.; o la Circular 6 del SAT de China, de 28 de marzo de 2017, sobre investigaciones especiales, ajustes de precios de transferencia y procedimientos amistosos; *vid.*: BELL, K.: «China's New Transfer Pricing Rules Keep Arm's Length Approach», *Tax Management Transfer Pricing Report*, April 5, 2017). La Comisión UE también ha mostrado su preferencia por el CUP y los métodos bilaterales en materia de precios de transferencia, aunque también admite una metodología unilateral que sea aplicada de forma ortodoxa o alineada con el estándar internacional/OCDE sobre el principio de plena competencia (*vid.*: EU Commission DG Competition, *WP on State Aid and Tax Rulings of 3 June 2016*, y *Comunicación de la Comisión Europea relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del TFUE*, para. 173, 2016/C 262/01).

²³ Algunos expertos han puesto de relieve como la sentencia de la *Tax Court* constata los serios errores técnicos incurridos por el IRS a la hora de realizar los ajustes, particularmente a la hora de aplicar una metodología inadecuada (DCF) sobre premisas fácticas infundadas (vida útil indefinida de activos intangibles referidos a tecnologías muy dinámicas), obviando la tradicional prevalencia de la valoración de intangibles a través de métodos basados en comparables internos y externos (*vid.*: KASSAM: «IRS Loss in Amazon Case Seen Highlighting a Flawed Approach», *op. cit.*, pág. 1).

rían motivos fiscales de considerable voltaje. Sin embargo, como quiera que los hechos y circunstancias evidenciaron una operación dotada de razones de negocios y sustancia económica, todo el enfoque técnico y el debate procesal se focalizó en la estricta aplicación de la normativa tributaria (valorativa/*profit allocation*) con arreglo a su letra y espíritu. Es decir, la sentencia evidencia que incluso en los países con una práctica más avanzada en materia de *transfer pricing* donde el *enforcement* de esta regulación alcanza altas cotas en lo que se refiere al control administrativo sobre la correcta aplicación del *arm's length*, el *international tax planning* dotado de sustancia económica forma parte del sistema. La sentencia también refleja una cultura jurídica de aplicación y revisión judicial de la aplicación de la normativa que se construye esencialmente desde y a través del respeto a los términos en los que está definida la regulación aplicable (textualismo jurídico que no prescinde de la interpretación finalista)²⁴; en este sentido, este pronunciamiento también revela como la seguridad jurídica propia de los Estados de Derecho no solo requiere «calidad normativa» en lo que se refiere a los términos en que se legisla (claridad y previsibilidad de los efectos de la norma, estabilidad, irretroactividad, publicidad, certeza, etc.), sino también «calidad aplicativa», en el sentido de que todos los sujetos que participan en el proceso de aplicación de la normativa (incluyendo la revisión judicial) adopten una posición consistente con los términos en que el legislador ha articulado la regulación aplicable²⁵.

²⁴ A este respecto, algunos expertos consideran que, a través de esta sentencia, la US Tax Court envía un mensaje al IRS de acuerdo con el cual debe «reconsiderar la creación de Derecho a través de la litigación» (KASSAM: «IRS Loss in Amazon Case Seen Highlighting a Flawed Approach», *op. cit.*, pág. 2). También se ha destacado como esta saga de «*high-profile tax court cases*» revela un sistema excesivamente complejo, inestable y excesivamente litigioso («*the farrago is not a good tax system*») que requiere de una reforma sustancial a efectos de crear un marco más simple, menos complejo y estable para todas las partes, que sea satisfactorio en términos de política fiscal y seguridad jurídica (BOWEN, D.: «Make transfer pricing great again: extending comprehensive tax reform to cure the deficiencies of the two-sentence transfer pricing statute», *46 TM International Journal* 175, Bloomberg BNA, 04714/2017). Tal crítica no se limita a la regulación norteamericana de precios de transferencia, sino que la doctrina ha puesto de relieve como el nuevo marco *post-BEPS de transfer pricing & profit allocation* lejos de reparar el sistema estableciendo un «régimen» más estable, simple, equilibrado y funcional articula un modelo más subjetivo, complejo e inestable que abre avenidas al unilateralismo fiscal y a una doble imposición estructural para la que no está preparado el sistema (*vid.*: HERRINGTON y LOWELL: «The Evolving World of Global Tax Planning: Part II», *ITPJ*, March/April 2017, págs. 87 y ss.; y PICCIOTTO, S.: «International Taxation and Economic Substance», *BIT*, December 2016, págs. 752 y ss.).

²⁵ El propio G20, con ayuda del FMI y la OCDE, ha puesto de relieve la necesidad de profundizar y desarrollar mecanismos que refuercen la seguridad jurídica en materia tributaria, considerando su relevancia para el comercio e inversiones transfronterizas (Comunicado de los Ministros de Finanzas del G20 y de los Gobernadores de Bancos Centrales, de 17-18 de marzo de 2017). El informe elaborado por el FMI/OCDE a este respecto hace referencia a un conjunto de medidas que comprenden desde la fase de elaboración de la norma, pasando por su aplicación, la revisión judicial y la articulación de mecanismos alternativos de resolución de controversias (OECD/IMF, *Report for the G20 Finance Ministers on Tax Certainty*, March 2017).

Ciertamente, no puede dejar de reconocerse que el pronunciamiento de la Tax Court, aunque atañe a una operación realizada en el año 2005, se refiere a la aplicación de la regulación norteamericana de *cost-sharing arrangements* precedente a la reforma llevada a cabo en los años 2009-2011 en el sentido indicado, y en todo caso se trata de un caso pre-BEPS²⁶. No obstante, a nuestro juicio, un buen número de elementos, razonamientos y fundamentos de la sentencia siguen conservando valor y poseen relevancia en un contexto post-BEPS. Y de hecho, una serie de importantes cuestiones abordadas en el caso Amazon aparecen reflejadas (normalmente de forma no cerrada o monolítica) en el Informe Final de las Acciones 8-10 de BEPS (v. gr., el propio concepto de intangible a efectos de precios de transferencia, la delimitación de las operaciones, la atribución del beneficio en relación con el desarrollo de «*DEMPE functions*» y no solo a partir del criterio de la mera titularidad legal del activo intangible, los ARC, las operaciones de reestructuración de grupos MNE, el umbral de comparabilidad y el uso de comparables internos y externos, los ajustes de comparabilidad, etc.). Ahora bien, no puede perderse vista que el nuevo *soft-law* global y guía del estándar internacional del *arm's length principle* derivada del informe final OCDE/G20 sobre las Acciones 8-10 BEPS²⁷, modifica, matiza y clarifica elementos muy relevantes que afectan a su configuración y a la metodología de *profit allocation* que establece, de manera que los tradicionales y los nuevos fundamentos de tal estándar tenderán a integrarse progresivamente²⁸, lo cual requiere adoptar a nivel doméstico las correspondientes medidas le-

²⁶ El Informe Final (2015) de las Acciones 8-10 de BEPS revisa el capítulo VIII de las Directrices de Precios de Transferencia (2010), introduciendo modificaciones sustantivas en relación con los ARC. Básicamente, la guía OCDE de 2015 establece el control como prerequisite para que una empresa pueda formar parte de un ARC; cada participante en un ARC debe contar con la capacidad funcional para ejercer el control sobre los riesgos que asume con arreglo al ARC y disponer de la capacidad financiera para asumir tales riesgos. A este respecto, tal capacidad funcional requiere personal dotado de poderes de toma de decisiones sobre los riesgos, aunque se admite que las «*DEMPE functions*» puedan ser desarrolladas únicamente por uno de los partícipes de un ARC cuyo objeto sea el desarrollo de intangibles. Por otro lado, la nueva guía, además de alinear este capítulo con el nuevo estándar del *arm's length post-BEPS*, enfatiza que las contribuciones ordinarias (no preexistentes) de los distintos miembros o partícipes de un ARC deben valorarse por el valor de mercado de las actividades o funciones desarrolladas lo cual puede requerir la inclusión de un margen de beneficio sobre costes (aunque también se admite el mero reparto de costes sin *mark up*), de suerte que las contribuciones preexistentes se valoran considerando su «valor potencial». En este orden de cosas, no han faltado autores (AVI-YONAH) que han puesto de manifiesto como los ARC/CSA, no solo no están totalmente alineados con los principios BEPS en materia de precios de transferencia, sino que su regulación debería ser eliminada, ya que facilitan la transferencia de intangibles a jurisdicciones de baja tributación (vid.: FINLEY, R.: «Amazon Decision Ends IRS's Failed Bid to Overturn Veritas», *TNI*, April 2, 2017, pág. 21). AVI-YONAH, R.: «Amazon vs. Commissioner: Has Cost-Sharing Outlived Its Usefulness?», *Michigan Law & Econ Research Paper*, n.º 17-003, May 2017.

²⁷ OECD/G20 BEPS Project, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8-10: 2015 Final Reports.

²⁸ En relación con esta cuestión puede hacerse referencia a algunos estudios que ponen de relieve tal transformación del *arm's length ex BEPS*, vid.: STORCK; PETRUZZI; PANKIV y TAVARES: «Global Transfer Pricing Conference «Transfer Pricing in a Post-BEPS World»», *ITPJ*, May/June 2016, págs. 216 y ss.; RUITER: «The Future of Transfer Pricing», *TNI*, October 17, 2016, págs. 295 y ss.; EY: *How anti-BEPS policies are changing transfer pricing*, 2016; PANKIV, «Post-BEPS Application of the Arm's length principle to Intangibles structures», *ITPJ*, November/December 2016, págs. 463 y ss.; TOBIN: «Intangible BEPS Risks», 45 *TM International Journal*, 04/08/2016; y WITTENDORF: «BEPS Actions 8-10: Birth of a New ALS», *TNI*, January 25, 2016, entre otros.

gislativas (adecuadas a la política fiscal nacional) y adecuados mecanismos de *enforcement*, así como ajustar o modular la práctica al futuro nuevo marco regulatorio doméstico e internacional. En este sentido, cabe pensar que el debate sustantivo y procesal que, en relación con este tipo casos de ARC para el desarrollo de intangibles, podría tener lugar en un contexto regulatorio ya adaptado al nuevo estándar internacional del *arm's length* (post-BEPS) pivotaría sobre enfoques y coordenadas que incorporan importantes elementos diferenciales derivados del mismo²⁹.

Por lo que atañe a la regulación española sobre acuerdos de reparto de costes (ARC), cabe indicar que la Ley del impuesto sobre sociedades contempla esta figura en el apartado 7 del artículo 18. Si bien la normativa española no contiene una regulación completa de los ARC³⁰, sí establece los requisitos para considerar un determinado acuerdo como ARC y, en tal sentido, que las contribuciones que pudieran hacer los partícipes al mismo tengan la consideración de gastos deducibles a los efectos del impuesto sobre sociedades³¹. La práctica española revela una frecuente utilización de los ARC fundamentalmente por las filiales extranjeras de grupos MNE, a efectos de enmarcar costes de I+D, marketing y publicidad³², de manera que no estamos ante una figura exótica, aunque se haya dejado de emplear como una de las piezas centrales de determinados esquemas de planificación fiscal utilizados por algunas MNE americanas. Téngase en cuenta, a su vez, que la participación de una entidad española en un ARC referido al desarrollo de intangibles también puede tener relevancia a los efectos de la aplicación de la deducción por actividades de I+D+i (art. 35 LIS) y del *patent box* (art. 23 LIS).

²⁹ Ahora bien, no puede perderse de vista que el nuevo marco BEPS de *transfer pricing* no excluye o bloquea la transferencia intragrupo de intangibles y el fenómeno de «*base erosion & profit shifting*», sino que únicamente lo somete a determinados condicionantes que afectan al «*profit allocation*» limitando de forma relevante las operaciones artificiales o dotadas de escasa sustancia (*cash boxes*). En el mismo sentido *vid.*, por ejemplo, los comentarios de SHEPPARD, L.: «Challenging Outbound Transfers of Intangibles», *op. cit.*, págs. 189 y ss.

³⁰ Algunos autores consideran que la laguna regulatoria referida a los aspectos de los ARC que no están regulados en la legislación española se colma por vía interpretativa por remisión a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2010, capítulo VIII). A nuestro juicio, tal posición (y enfoque regulatorio minimalista pivotando sustancialmente sobre el *soft-law* de la OCDE) resulta controvertida, y no deja de plantear problemas de legalidad tributaria y seguridad jurídica, máxime si se pretende extender tal efecto interpretativo al Informe Final BEPS (2015) sobre las Acciones 8-10, que modifican aspectos relevantes de los ARC y del *arm's length* (*vid.* CALDERÓN: «The Spanish Transfer Pricing Regime and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project», *Bulletin of International Taxation*, 2016, vol. 70, n.º 8). En este sentido, entendemos que resulta recomendable un desarrollo regulatorio de la legislación de precios de transferencia en España, que delimite los elementos esenciales y aspectos prácticos de la metodología para determinar el valor normal de mercado, concretando todas aquellas cuestiones previstas en las Directrices OCDE respecto de las cuales caben opciones de política legislativa nacionales.

³¹ Véase igualmente el artículo 18 del Reglamento del impuesto sobre sociedades. En relación con los ARC puede consultarse el trabajo de LÓPEZ DE HARO y CABELLO: «Acuerdos de Reparto de Costes», en CARMONA FERNÁNDEZ (dir.), *Nuevo Régimen fiscal de las operaciones vinculadas*, CISS, Valencia, 2016, capítulo 9.

³² Véanse a este respecto las SSTs de 21 de noviembre de 2013 (rec. núm. 4031/2011 [NFJ053125]) y de 10 de febrero de 2012 (rec. núm. 2707/2009 [NFJ066464]), SAN de 2 de febrero de 2009 (rec. núm. 902/2006 [NFJ033763]), y las consultas V2241/2010, de 19 de octubre (NFC039431), V1044/2010, de 18 de mayo (NFC038201), y V1463/2012, de 4 de julio (NFC044957).

Cabría apuntar, igualmente, como la sentencia de la US Tax Court sobre el caso Amazon también podría tener cierta influencia sobre el expediente de ayudas de estado que está tramitando la Comisión europea³³, cuando menos si esta adopta en el mismo un enfoque similar al desarrollado en el caso *Apple*³⁴.

Como reflexión final, cabría poner de relieve cómo la sentencia de la US Tax Court en el caso *Amazon* revela las tensiones, dificultades y complejidad que rodea y comporta la aplicación de la regulación de precios de transferencia a las transacciones, negocios y cadenas de valor propios de la economía digital. Tal complejidad puede ser más o menos intensa dependiendo de muchos factores como, por ejemplo, el tipo de transacción o transacciones realizadas que son objeto de supervisión por las autoridades fiscales, de suerte que una reestructuración que resulte en una segregación parcial de la cadena de valor de una MNE constituye un desafío importante para cualquier administración en lo que concierne a la determinación de la correcta aplicación del *arm's length standard*. Es cierto también que el actual estándar internacional del principio de plena competencia no representa o contiene una guía de principios o reglas suficientemente desarrollada, completa, clara, consistente y estable a efectos de establecer o determinar el «*profit allocation*» que corresponde imputar a cada eslabón (transaccional) que forma parte de la cadena de valor de los negocios (y operaciones) de economía digital (la cual, como se sabe, tiende a ser transversal y no susceptible de «*ring-fencing*»).

Sin embargo, no puede perderse de vista como el proyecto G20/OCDE BEPS, a través de un «*conservative evolutionary approach*»³⁵, por un lado, ha establecido importantes límites a las estructuras de «planificación fiscal agresiva», y, por otro, ha actualizado el marco global del estándar internacional del principio de plena competencia con el objetivo de conectar en mayor medida el «*profit allocation*» con la sustancia económica, redimensionando igualmente el papel de los intangibles y la tecnología en el contexto del análisis (transaccional) de la cadena de valor de negocios relacionados con la nueva economía digital. De esta forma, aunque la nueva frontera de los precios de transferencia bien podría consistir en el desarrollo de los parámetros o indicadores determinantes de la creación de valor y la metodología de precios de transferencia aplicable a los negocios y operaciones de economía digital³⁶, no puede dejar de señalarse como la sentencia de la US Tax Court en el caso *Amazon* constituye un precedente relevante a estos efectos, toda vez que, por un lado, revela elementos o pautas que evidencian y facilitan la «practicabilidad» del estándar de precios de transferencia, y, por otro, aporta una guía para el análisis cualitativo y cuantitativo de los parámetros o factores de creación o contribución de valor de negocios de economía digital.

³³ EU Commission, *Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Amazon Luxembourg*, IP/14/1105, Brussels, 7 October 2014.

³⁴ Decisión de la Comisión, de 30 de agosto de 2016, sobre la ayuda de estado SA. 38373 (2014/C/NN) (Ex 2014/CP) implementada por Irlanda en relación con Apple.

³⁵ OLBERT, M. y SPENGLER, C.: «International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?», *WTJ*, February, 2017, págs. 3 y ss.

³⁶ OLBERT, M. y SPENGLER, C.: «International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?», *op. cit.*, págs. 31 y ss.

CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE SUPUESTOS DE MODIFICACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO ESPAÑOL

Ignacio García Sinde

Interventor y Auditor del Estado

Inspector de Hacienda

Vocal TEAR de Andalucía

EXTRACTO

El presente trabajo tiene por objeto la exposición de cuestiones prácticas planteadas en la realidad, relativas a los supuestos que el artículo 80 de la LIVA española regula como habilitantes para efectuar la modificación de la base imponible del IVA. Debemos señalar que es difícil la construcción de una teoría general sobre la modificación de la base imponible, pues la normativa regula conjuntamente supuestos de modificación de la base imponible y supuestos de modificación de la cuota tributaria. Con el añadido de que los efectos para el destinatario no son siempre los mismos, pues en algún caso tendrá derecho a percibir la cuota de IVA que le fue indebidamente repercutida y en otros casos se encontrará que sigue siendo deudor y que el acreedor de la cuota es el Tesoro Público.

Palabras clave: impuesto sobre el valor añadido, base imponible en el IVA, modificación de la base imponible en el IVA y supuestos de modificación de la base imponible en el IVA.

Fecha de entrada: 22-02-2017 / Fecha de aceptación: 30-03-2017

PRACTICAL QUESTIONS RELATED TO THE SCENARIOS OF MODIFICATION OF THE TAXABLE BASE OF THE SPANISH VALUE ADDED TAX

ABSTRACT

The objective of this work is the exposition of practical questions formulated in reality, related to the scenarios the article 80 of the Spanish VAT law regulate as enabling scenarios to make the change of the Taxable Base in the Value Added Tax. We need to point out that it is difficult to generate a general theory about Amendments to the Taxable Base, as the legislation jointly regulates the scenarios of Amendment to the Taxable Base in the Value Added Tax and Amendment to the Tax Liability. The effects for the beneficiary are not always the same. In some cases, the taxable person is in his right to receive the fee that was unduly charged and in others, the taxable person will continue be in debt with the Public Treasury.

Keywords: value added tax, taxable base in the value added tax, amendment to the taxable base in the value added tax and scenarios of amendment to the taxable base in the value added tax.

Sumario

1. Introducción. Cuestiones generales
 - 1.1. Introducción
 - 1.2. Cuestiones generales
 - 1.3. Solicitud de devolución de ingresos indebidos como medio supletorio ante la falta de realización de la modificación de base imponible
 - 1.4. Control de la modificación de base imponible
 - 1.5. Exclusión de la existencia de enriquecimiento injusto por la no admisión de la modificación de base imponible
 - 1.6. Carácter de los defectos que existan en el proceso de modificación de bases imponibles
2. Devolución de envases y descuentos (art. 80.Uno LIVA)
 - 2.1. Descuento concedido por el exportador no establecido en territorio de aplicación del impuesto
 - 2.2. Formalidades
 - 2.3. Descuento concedido a un segundo comprador
 - 2.4. Carga de la prueba
 - 2.5. Asunción por un tercero del pago de la factura
 - 2.6. Quita de deuda
 - 2.7. Descuento concedido en documento privado que contraviene lo pactado en escritura pública
3. Operaciones sin efecto (art. 80.Dos LIVA)
 - 3.1. Falta de prueba de la rescisión de la operación
 - 3.2. Exigencia de firmeza de la resolución, judicial o administrativa, que deja sin efecto total o parcialmente una operación
 - 3.3. Plazo para solicitar una devolución consecuencia de una modificación de base
 - 3.4. Incumplimiento contractual
 - 3.5. Causas de resolución previstas en el contrato
 - 3.6. Plazo para efectuar la modificación
 - 3.7. Declaración administrativa de fallido
 - 3.8. Resolución de contrato de arrendamiento por falta de pago
 - 3.9. Emisión de facturas por error
 - 3.10. Operaciones vinculadas o subordinadas
 - 3.11. Ejercicio de la acción de rescisión
 - 3.12. Modificación de base entre partes vinculadas

- 3.13. Asunción de deuda de IVA no origina la modificación de la base imponible
- 3.14. Necesidad de declaración de la operación original
- 3.15. Denegación de la modificación por inexistencia de la rescisión
4. Situación concursal del destinatario de la operación (art. 80.Tres LIVA)
 - 4.1. Compatibilidad entre la modificación por impago y la modificación por situación concursal
 - 4.2. Comunicación de la modificación a la Administración tributaria. Fuera de plazo. Por escrito
 - 4.3. Sujeto pasivo en régimen simplificado
 - 4.4. Sujeto pasivo en territorio foral que presenta la comunicación del artículo 24.2 del RIVA ante la Hacienda foral, cuando la AEAT posee competencia gestora, no inspectora, sobre las declaraciones de IVA
 - 4.5. Importe de la modificación
 - 4.6. Momento inicial de la modificación
 - 4.7. Plazo para efectuar la modificación
 - 4.8. Concursado no residente en territorio de aplicación del IVA
 - 4.9. Cuota de IVA cobrada
 - 4.10. Devengo de IVA y auto de declaración de concurso
 - 4.11. Crédito asegurado
 - 4.12. Concurso de uno de los integrantes de una UTE
 - 4.13. Recepción de factura rectificativa pero falta de reconocimiento del crédito de IVA en el concurso
 - 4.14. Notificación a la administración concursal pero no al concursado
 - 4.15. Mes de agosto inhábil
 - 4.16. Importe del crédito del sujeto pasivo contra el concursado comunicado a la administración concursal
 - 4.17. Incumplimiento de condiciones pero se ha producido la insinuación de la Hacienda pública en el concurso
 - 4.18. Seguridad jurídica y concurso
5. Incobrabilidad o impago de créditos (art. 80.Cuatro LIVA)
 - 5.1. Presupuestos generales
 - 5.2. Requisitos temporales
 - 5.3. Reclamación del pago al deudor
 - 5.4. Modificación en caso de impago parcial de la deuda
 - 5.5. Comunicación de la modificación de la base imponible a la Administración tributaria
 - 5.6. Voluntad de impago de la deuda
 - 5.7. Reclamación judicial posterior a la modificación de la base

- 5.8. Crédito con garantía real
 - 5.9. Crédito derivado de contrato de arrendamiento
 - 5.10. Operaciones a plazos y con precio aplazado
 - 5.11. En el juicio cambiario se alega la falta de entrega de las mercancías
 - 5.12. Denuncia criminal contra el administrador de la sociedad deudora
 - 5.13. Cumplimiento de los requisitos tras la declaración de la modificación
 - 5.14. Incremento de cuotas a compensar procedentes de periodos anteriores
 - 5.15. Pérdida de la condición de gran empresa
 - 5.16. Renovación de pagarés
 - 5.17. Ejecución hipotecaria
 - 5.18. Créditos de entes públicos
 - 5.19. Cuestiones formales
6. Fijación provisional (art. 80.Seis LIVA)
- 6.1. Modificación de IVA a la importación
 - 6.2. Tipo impositivo

1. INTRODUCCIÓN. CUESTIONES GENERALES

1.1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizamos cuestiones prácticas relativas a la modificación de la base imponible en el impuesto sobre el valor añadido (IVA) español. Por tanto, no analizamos los casos en que la modificación se refiere al tipo impositivo, o a la consideración de que no se ha producido el devengo, u otros supuestos, situaciones que también originan la emisión de facturas rectificativas y su inclusión en las correspondientes declaraciones del sujeto pasivo.

La regulación legal de la cuestión se encuentra recogida fundamentalmente en los artículos 80 de la Ley 37/1992 del impuesto sobre el valor añadido (en adelante LIVA) –en cuanto a la regulación de los supuestos en que la base imponible puede modificarse– y 89 –en cuanto a la forma de realizar la modificación–. Además, al analizar los efectos de la modificación de la base imponible es necesario tener en cuenta el régimen de rectificaciones de deducciones regulado en el artículo 114 de la LIVA.

Por obvias razones de espacio prescindimos de recoger los textos legales y las modificaciones de que han sido objeto desde la promulgación de la norma. Nos limitamos a recoger las cuestiones problemáticas que hemos conocido en relación con algunas de las previsiones legales de modificación de la base imponible en el IVA, conforme al citado artículo 80 de la LIVA,

Señalemos, como principio general, que, frente a la opción de inmodificabilidad de la base imponible, la LIVA regula la posibilidad de la modificación de la base imponible, estableciendo presupuestos y requisitos para materializarla. Y que la modificación de la base imponible puede ser al alza o a la baja.

Los epígrafes 2 a 6 de este estudio serán dedicados a analizar cuestiones prácticas que la norma ha planteado en relación con los supuestos que se regulan en el artículo 80 de la LIVA, siguiendo el texto legal.

Hemos de señalar que –como casi todas las operaciones y actuaciones relativas al IVA– las que ahora examinamos son de carácter bilateral. Queremos señalar esta cuestión porque podremos encontrar criterios contradictorios según que el asunto que se analice gire en torno a la modificación de la base imponible por el sujeto pasivo (lo que le favorece porque supone la existencia de

menor IVA a ingresar o el nacimiento de un derecho de crédito) o gire en torno a la rectificación de deducciones por el destinatario, lo que le perjudica, porque supone un ingreso o un menor derecho de crédito.

Una segunda observación que debemos realizar es que en el artículo 80 se regula un conjunto de supuestos muy heterogéneos. Así, hay supuestos de verdadera modificación de la base imponible (rescisión de una compraventa, por ejemplo) y supuestos en los que lo que se modifica es la cuota (por ejemplo, modificación por impago del crédito). Igualmente, hay supuestos en que la modificación no hace nacer la condición de acreedor a favor de la Hacienda pública y supuestos en que la modificación sí produce un efecto de cambio de acreedor, de manera que la Hacienda pública puede exigir a la persona a la que el sujeto pasivo repercutió inicialmente la cuota el importe de la misma.

1.2. CUESTIONES GENERALES

Analizamos ahora algunas cuestiones que creemos que afectan a varios o a todos los supuestos de modificación de la base imponible.

1.2.1. Así, la Resolución de 26 de junio de 2013 del Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Madrid (recl. 28-15356-2011) señala la improcedencia de la modificación de la base imponible del IVA cuando el destinatario de la operación no está establecido en el territorio de aplicación del impuesto. Se trata de un supuesto de modificación de la base imponible por concurso, modificación que no es admitida por la oficina gestora ya que el concurso no se sigue en territorio español. Aunque el texto no es muy claro, el fundamento de la denegación de la modificación estriba en que el artículo 80.Tres de la LIVA se remite a la Ley concursal española. Evidentemente, en este caso parece difícil la insinuación del Tesoro Público en un proceso concursal que se realiza en el extranjero.

Seguidamente, se deniega la posibilidad de acoger la modificación de la base imponible al artículo 80.Cuatro de la LIVA, ya que el artículo 24.2 a).2.º del Reglamento del IVA (RIVA) excluye de la posibilidad de modificación de bases imponibles en operaciones cuyo destinatario no esté establecido en el territorio de aplicación del impuesto.

1.2.2. Emisión de factura rectificativa. La concurrencia de un supuesto de modificación de la base imponible se debe plasmar en la emisión de una factura rectificativa de la factura inicialmente emitida. La Resolución de 27 de septiembre de 2012 del TEAR de Andalucía (recl. 14-02703-2011) aborda un supuesto en que la Inspección no admite la modificación de la base, ya que en la factura rectificativa emitida por incobrabilidad del crédito solo debe rectificarse la cuota y no la base imponible como había hecho el sujeto pasivo, a fin de que se mantenga la base imponible, a efectos de su posible cobro. El tribunal señala que esta interpretación es lógica, pero que la norma no permite concluir que una redacción de la factura rectificativa que incluya la rectificación de la base imponible produzca el efecto de eliminar la rectificación de la cuota.

Por su parte, la Resolución de 24 de enero de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 14-02896-2013) señala que el hecho de que la factura rectificativa no contenga mención a la factura rectificativa no puede tener el efecto de excluir la modificación de base imponible.

La Resolución de 11 de abril de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 14-03562-2013) señala que el hecho de que la factura rectificativa no indique que la modificación de la base obedece a la situación concursal del deudor no es motivo para no admitir la modificación de la base imponible, pues la misma comunicación de la modificación a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) le permite el ejercicio de la función de control.

1.2.3. En cuanto al **envío de la factura rectificativa a su destinatario**, hay varios criterios. Señalemos que la modificación del artículo 24 del RIVA por el apartado 3 del artículo 1 del Real Decreto 1073/2014, de 19 de diciembre, ha intentado zanjar la cuestión señalando la obligación del sujeto pasivo de acreditar la remisión al destinatario de la factura rectificativa. La exposición de motivos del citado real decreto señala: «se establece que la acreditación de la remisión de la factura rectificativa al destinatario de la operación, para proceder a la modificación de la base imponible, solo se exija en los supuestos de deudor concursal o créditos incobrables».

El artículo 24 del RIVA dispone que: «en los supuestos de los apartados tres y cuatro del artículo 80 de la Ley del Impuesto, el sujeto pasivo deberá acreditar asimismo dicha remisión».

Esta modificación reglamentaria nos parece la imposición de una nueva carga al sujeto pasivo ante la ineficacia de la AEAT para el adecuado control de las modificaciones de base imponible. Ya en los impresos de declaración-liquidación se recoge un apartado para las modificaciones de bases y, además, existe la comunicación previa a la AEAT de las modificaciones en los casos de concurso o crédito incobrable. Y todos conocemos las dificultades que existen en España para realizar notificaciones fehacientes entre personas particulares.

Repasemos algunas cuestiones planteadas con anterioridad a esta reforma. La Resolución de 30 de septiembre de 2013 del TEAR de Castilla y León (recl. 14-01376-2013) indica que la normativa no establece ni exige una determinada forma de acreditar la remisión de la factura, por lo que habrá que estar a la apreciación y valoración de los medios de prueba aportados al procedimiento.

La Resolución de 12 de diciembre de 2013 del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) (R. G. 00-06102-2011) señala que si el deudor reconoce la recepción de la factura rectificativa debe considerarse acreditada la remisión de la misma.

La Resolución de 27 de septiembre de 2012 del TEAR de Andalucía (recl. 41-06456-2011) aborda el tema de una liquidación que no admite la rectificación de base declarada por el reclamante, ya que el destinatario de la factura –en situación de concurso– ha declarado que no había recibido la factura rectificativa. Sobre esta cuestión se rechaza la mera manifestación de rechazo del concursado como suficiente para excluir la modificación de la base imponible. Y ello, porque el concursado es el primero que conoce el impago a sus proveedores (en el concurso debe iden-

tificar a sus acreedores). Segundo, porque el concursado no ha tenido una conducta económica correcta, por lo que exigir a sus proveedores una conducta ejemplar no es admisible. Tercero, porque el concurso es una situación de trastorno en la vida social por lo que imponer la exigencia de una notificación fehaciente –que la norma no exige– es una condición exagerada y supone una carga excesiva sobre quien es un perjudicado por la mala actuación del concursado. Cuarto, porque el concursado no ha probado tener establecido con su proveedor un sistema de notificación fehaciente de las facturas. Si la factura original fue enviada por correo ordinario se cumple con la obligación de remisión afirmando que la factura rectificativa fue remitida por correo ordinario, máxime cuando la misma fue entregada a la Administración que, con una actuación diligente e inmediata, podría haber contactado con el concursado para comprobar que se produce la rectificación de las cuotas deducidas. Quinto, el interés de la propia sociedad para mantener el IVA deducible –no pagado– debe ceder y subordinarse frente al interés de los proveedores en recuperar el IVA no cobrado pero declarado o ingresado en el Tesoro. La conclusión es que es perfectamente posible que el proveedor que ha rectificado la factura haya cumplido con su obligación de remitirla al concursado y que, sin embargo, no haya llegado al poder del concursado.

1.2.4. En cuanto a la naturaleza jurídica de la comunicación del sujeto pasivo que realiza la modificación de la base a la Administración tributaria, la Resolución de 7 de noviembre de 2013 del TEAC (R. G. 00-05367-2011) señala que dicha comunicación no determina la existencia de un procedimiento iniciado a instancia del sujeto pasivo, por lo que si la Administración quiere actuar y comprobar la modificación, debe iniciar de oficio un procedimiento de comprobación o de inspección.

Por otro lado, la misma resolución señala que el acuerdo de la Administración consecuencia de la comunicación de la modificación no puede considerarse como comunicación de las previstas en el artículo 85 de la Ley General Tributaria (LGT).

Sobre la **respuesta a esta comunicación**, la Resolución de 1 de marzo de 2011 del TEAR de La Rioja (recl. 26-00063-2011) señala que no cabe la interposición de reclamación económico-administrativa contra la comunicación de la oficina gestora en la que informa al sujeto pasivo de la improcedencia de modificación. En este caso, el sujeto pasivo deberá esperar a la práctica de la liquidación en la que no se admita la rectificación de base imponible realizada para acudir a la vía económico-administrativa.

La Resolución de 27 de enero de 2012 del TEAR de Extremadura (recl. 06-02044-2009) señala que la comunicación de la modificación de bases es una mera comunicación, y no una petición de autorización para realizar la modificación, que no está sujeta a previa autorización de la Administración.

Sin embargo, la Resolución de 15 de julio de 2015 del TEAR de Galicia (recl. 15-06514-00) matiza esta tesis, en el sentido de que la contestación a la comunicación de la modificación de la base imponible no es una comunicación meramente informativa si en la misma se declara la improcedencia de las modificaciones comunicadas a la Administración y se anticipa el resultado de

una futura comprobación salvo que el reclamante rectifique la modificación. En cuanto limita los derechos del contribuyente, dicha comunicación no es meramente informativa, sino que se trata de un acto susceptible de recurso o reclamación.

La Sentencia de 20 de septiembre de 2013 del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía (rec. núm. 282/2012) indica que «no entramos aquí en lo relativo a la posible firmeza de un acuerdo previo del que deriva la liquidación, ya que se trata, según se dice, de una mera información sin que conste información alguna de recursos, con lo que, de considerarse acto, aún podría ser impugnado al tiempo de impugnarse la liquidación».

La Resolución de 25 de mayo de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 14-00080-2015) anula la sanción derivada de la liquidación en la que no se admite la modificación de la base imponible, ya que la comunicación que recibe de la Administración tributaria no permite poner de manifiesto la disconformidad del sujeto pasivo con la no admisión de la modificación, pues en dicha comunicación se indica que no puede interponerse recurso o reclamación alguna contra la misma.

1.2.5. Comunicación de la modificación. La Resolución de 23 de enero de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 41-04675-2014) rechaza que la exigencia de comunicación de la modificación prevista en el artículo 80 de la LIVA pueda considerarse cumplida por el hecho de haber hecho alusión a la misma en un recurso contra la denegación de un aplazamiento, ni en la interposición de reclamación económico-administrativa o en la pieza separada de suspensión ante el TEA, pues la comunicación debe dirigirse a la AEAT y dentro de la AEAT a la oficina gestora para que pueda controlar el procedimiento de subrogación que la modificación de bases conlleva. Sin que pueda alegarse que la personalidad jurídica única de la AEAT permita considerar que la comunicación específica de la modificación de bases puede ser sustituida por la indicación de que ha existido la modificación en un escrito dirigido a la misma con otra finalidad y a distinto órgano.

1.2.6. Tipo aplicado en la factura rectificativa. La Resolución de 30 de septiembre de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 41-02470-2015) señala que el tipo aplicable en la factura rectificativa es el tipo que se aplicó en la factura que se rectifica.

1.3. SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS COMO MEDIO SUPLETORIO ANTE LA FALTA DE REALIZACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE BASE IMPONIBLE

Es el caso abordado en la Resolución de 25 de septiembre de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 41-05169-2013) que señala que, ante el impago de sus clientes, el sujeto pasivo tendría que haber acudido a los mecanismos del artículo 80 de la LIVA, pues con la rectificación de bases lo que se produce es una subrogación del Tesoro Público en el importe de las cuotas de IVA en la posición acreedora del reclamante frente al cliente que no le ha pagado. Y para que se produzca

este cambio deben cumplirse escrupulosamente los plazos y formas del artículo 80 de la LIVA. Por ello, ante la falta de modificación de las bases lo que debe hacer el reclamante es perseguir el cobro de lo debido por los procedimientos civiles y mercantiles que regula el ordenamiento jurídico frente a sus deudores.

1.4. CONTROL DE LA MODIFICACIÓN DE BASE IMPONIBLE

La Resolución de 30 de octubre de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 14-03071-2013) anula una liquidación provisional en la que se excluía una rectificación de bases por el hecho de que en la comunicación se hiciera mención al artículo 80.Cuatro de la LIVA, cuando ya existía la declaración de concurso (art. 80.Tres LIVA); porque dicho escrito no fue contestado; porque la Hacienda pública pudo insinuarse en el concurso y por el tiempo transcurrido entre la comunicación y la liquidación (más de tres años).

1.5. EXCLUSIÓN DE LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO POR LA NO ADMISIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE BASE IMPONIBLE

Es la tesis de la Resolución de 26 de febrero de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 14-02594-2014) pues solo a la voluntad del sujeto pasivo se debe el fraccionamiento de pago que se aprecia para el cobro de la factura y la falta de comunicación de la modificación es el incumplimiento de un requisito imprescindible, pues tal comunicación es el mecanismo que permite a la Administración exigir el pago de la cuota repercutida, bien por la vía de rectificación de deducciones, bien por su exigencia directa al deudor. Al no haberse perfeccionado la modificación de base imponible por causas imputables al reclamante, debe estar y pasar por sus consecuencias.

1.6. CARÁCTER DE LOS DEFECTOS QUE EXISTAN EN EL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE BASES IMPONIBLES

La Resolución de 29 de julio de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 14-02095-2015) recoge que el sujeto pasivo expone que una vez presentado el escrito comunicando la modificación de la base imponible recibió una comunicación telefónica (expone el nombre de la funcionaria) por lo que presentó dos escritos de subsanación. El tribunal entiende razonable considerar probado que hubo un contacto telefónico entre el sujeto pasivo y la Administración que le lleva a subsanar defectos de la comunicación de la modificación. El principio de confianza legítima lleva al tribunal a considerar que los defectos observados se consideraban defectos subsanables, pues de lo contrario lo que tendría es que haberse adoptado el acuerdo comunicando la improcedencia de la rectificación invitando al reclamante a rectificar la rectificación de bases. Además, no se observan defectos que impidan la rectificación de deducciones al destinatario de la modificación de bases imponibles.

2. DEVOLUCIÓN DE ENVASES Y DESCUENTOS (ART. 80.UNO LIVA)

2.1. DESCUENTO CONCEDIDO POR EL EXPORTADOR NO ESTABLECIDO EN TERRITORIO DE APLICACIÓN DEL IMPUESTO

Es el supuesto recogido en las Resoluciones de 28 de septiembre de 2011 (R. G. 00-05035-2009) y 15 de noviembre de 2012 (R. G. 00-03258-2011) del TEAC, en las que se establece que el descuento concedido por un exportador no establecido en el territorio español de aplicación del impuesto no produce rectificación de la base imponible, pues la operación sobre la que se practica la rebaja o descuento es la exportación (localizada fuera del territorio de aplicación del impuesto).

2.2. FORMALIDADES

En el caso de descuentos se deben emitir las facturas rectificativas y las mismas tienen por objeto permitir la adecuada identificación de las facturas objeto de rectificación y de las mercancías o servicios sobre cuyo precio se ha efectuado el descuento. Así resulta de la Resolución de 26 de mayo de 2009 del TEAC (R. G. 00-02260-2007).

2.3. DESCUENTO CONCEDIDO A UN SEGUNDO COMPRADOR

Se efectúa la venta de una finca con precio aplazado. El comprador la vende a un tercero que se subroga en la obligación de pago del precio inicial. Los vendedores iniciales conceden una quita al segundo comprador y pretende una rectificación de base de la primera operación, con devolución parcial del IVA ingresado. Las Sentencias de 15 de noviembre de 2013 (rec. núm. 335/2012) y 9 de enero de 2014 (rec. núm. 334/2012) del TSJ de Andalucía no admiten la rectificación y señalan que «se trata de un supuesto normal en los usos entre empresarios, de descuentos o ventajas en razón de resultados, lo que nada tiene que ver con una rebaja de precio acordada entre deudor y acreedor de una deuda aplazada con garantía real a cambio de una reducción del plazo. No se trata aquí de un *rappel* o de un descuento entre empresarios, sino de una mera operación de significado financiero en la que se elimina el sobreprecio derivado del aplazamiento».

2.4. CARGA DE LA PRUEBA

La Resolución de 30 de junio de 2011 del TEAR de Andalucía (recl. 41-08953-2008 y acumuladas) señala que la existencia de devoluciones supone un menor ingreso de IVA, por lo que la carga de la prueba recae sobre el reclamante, conforme a lo dispuesto en el artículo 105 de la LGT. En dicha resolución se consideran no probadas las devoluciones porque, entre otras cues-

ciones, tales devoluciones determinaban un saldo negativo de caja, lo que dada la naturaleza de esta cuenta contable es imposible.

La Resolución de 29 de febrero de 2012 del TEAR de Andalucía (recl. 41-02702-2009) tampoco admite unos descuentos por volumen de operaciones o *rappels* por la falta de constancia documental de los mismos, por el hecho de que los descuentos de varios ejercicios se efectuaron en la misma fecha y porque carecen de la adecuada coherencia (pues a volúmenes de operaciones anuales similares se aplican descuentos distintos).

2.5. ASUNCIÓN POR UN TERCERO DEL PAGO DE LA FACTURA

La Resolución de 27 de noviembre de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 11-01955-2013) señala que el hecho de que el sujeto pasivo firme con un tercero un convenio por el que este último asume el pago de una factura del primero —que responde a una operación real— no es un supuesto de modificación de la base imponible, al no estar contemplado en los artículos 80 y 81 de la LIVA. Además, resultaría que al final no se ha repercutido el IVA a nadie, pues no se repercute al tercero, sino que se deja sin efecto la repercusión inicial.

2.6. QUITA DE DEUDA

La Resolución de 11 de abril de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 14-03640-2013) señala que lo sucedido en el caso sometido a su consideración es que ante una situación de morosidad se ha celebrado un acuerdo de quita, pero la rectificación no se ha ajustado a las previsiones del artículo 80.Tres y Cuatro de la LIVA.

2.7. DESCUENTO CONCEDIDO EN DOCUMENTO PRIVADO QUE CONTRAVIENE LO PACTADO EN ESCRITURA PÚBLICA

La Resolución de 30 de septiembre de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 41-00092-2016) no admite unas modificaciones de bases imponibles que resultan de documentos privados por los que se modifican los precios pactados por escritura pública en venta de viviendas. La resolución considera que no se ha probado su procedencia con arreglo a derecho, ni a los usos del comercio, pues el descuento debe figurar en la factura original y en la escritura; las bonificaciones pactadas en documentos privados no pueden modificar las bases imponibles que constan en escritura pública y conforme al artículo 1.230 del Código Civil los documentos privados que alteran lo pactado en escritura pública no pueden surtir efectos frente a un tercero como la Hacienda pública.

En la Resolución de 30 de julio de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 41-02887-2014) encontramos que con una actuación similar se ha intentado conseguir una mayor financiación hipotecaria para el comprador, según manifiesta el reclamante.

3. OPERACIONES SIN EFECTO (ART. 80.DOS LIVA)

3.1. FALTA DE PRUEBA DE LA RESCISIÓN DE LA OPERACIÓN

En el caso de la Resolución de 30 de julio de 2009 del TEAR de Andalucía (recl. 11-00969-2009), se aborda un supuesto de solicitud de devolución del IVA repercutido en la venta de una vivienda basándose el comprador en que pesa sobre la vivienda una orden de demolición, por lo que procedería la resolución del contrato. Como no se ha probado tal resolución efectiva del contrato, no se admite la modificación de la base imponible.

La Resolución de 28 de abril de 2011 del TEAR de Castilla y León (recl. 24-00229-2009) no admite una modificación de base imponible puesto que de las pruebas aportadas no resulta que haya tenido lugar la resolución del contrato entre el sujeto pasivo y una Administración pública, sino que lo que sucede es que existen dudas sobre el importe total que la Administración contratante debe pagar. La resolución deniega el derecho a la devolución al no haberse ejercitado acción alguna contra el vendedor y no existir resolución judicial firme o no existir acuerdo de las partes que resolviese el contrato de compraventa o redujese su precio. Es decir, no es posible que una de las partes de la operación indique que la misma se ha resuelto, sino que es preciso para considerar que la operación sujeta a IVA ha quedado sin efecto o que existe una sentencia judicial firme que ha dejado sin efecto la operación o existe un acuerdo entre las partes por las que se deja sin efecto la operación.

Con carácter general, aunque en un caso de devoluciones de ventas, creemos que es aplicable para todos los supuestos de modificación de la base imponible la Resolución de 26 de enero de 2010 del TEAC (R. G. 00-02483-2006) que señala que el sujeto pasivo debe acreditar suficientemente las devoluciones de ventas para proceder a la modificación de la base imponible declarada.

Evidentemente, la oficina gestora o la Inspección puede realizar actuaciones acerca del cliente/destinatario de la operación (interesado en cuanto puede suponer una rectificación de sus deducciones o el nacimiento de un derecho de crédito por el IVA indebidamente repercutido) para comprobar si la causa de la modificación de la base imponible existe o no.

La mera declaración unilateral de la Administración concursal sobre el hecho de haber quedado sin efecto determinadas entregas de inmuebles no es prueba de que proceda la rectificación de la base imponible. Este es el criterio de la Resolución de 28 de febrero de 2014 del TEAR de Murcia (recl. 30-05998-2012). Señala el tribunal que o el momento del acuerdo de las partes o la resolución judicial serán los momentos en que puede entenderse producida la modificación de la base imponible. No dice nada el tribunal sobre la exigencia de firmeza de la resolución judicial o administrativa que deja sin efecto las operaciones.

La Sentencia de 15 de enero de 2015 del TSJ de Andalucía (rec. núm. 555/2013) señala que modificaciones de bases imponibles por importe de más de dos millones de euros, con vinculación entre las partes, no son admisibles sin una explicación razonable del obligado tributario que insta la rectificación.

La Resolución de 18 de diciembre de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 41-092042-2013) no admite en el ejercicio 2013 la modificación de la base imponible por rescisión de operaciones de los ejercicios 2006 a 2008, sin que exista prueba documental de las rescisiones, ni documento alguno del periodo intermedio, entre la operación y la modificación de la base.

3.2. EXIGENCIA DE FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN, JUDICIAL O ADMINISTRATIVA, QUE DEJA SIN EFECTO TOTAL O PARCIALMENTE UNA OPERACIÓN

La Resolución de 19 de julio de 2011 del TEAC (R. G. 00-02760-2009) señala que no es conforme a derecho la emisión de la factura rectificativa antes de la firmeza de la resolución que deja sin efecto la operación. Señala, asimismo, que la rectificación no es exigible al proveedor antes de la firmeza.

También la Resolución de 25 de abril de 2012 de la Sala Desconcentrada de Alicante del TEAR de Valencia (recl. 03-01567-2011) exige la firmeza de la sentencia judicial que resuelve un contrato para que sea procedente la modificación.

Sin embargo, la Resolución de 28 de enero de 2016 del TEAR de Valencia (recl. 46-09616-2014) señala que aunque esté pendiente de resolución la contienda judicial promovida por una de las partes, lo cierto es que las prestaciones del contrato se han reintegrado, por lo que procede la modificación de la base imponible. Se considera que la acción judicial ejercitada por el comprador no dejaría sin efecto la resolución del contrato realizada en ejercicio de una condición resolutoria.

En este caso, la modificación debe producirse cuando las fincas vendidas se reinscribieron en el Registro de la Propiedad a nombre de los vendedores –se excluye así la tesis del comprador de que la modificación debe efectuarse cuando se produjo el vencimiento del plazo concedido en el requerimiento de pago y advertencia del ejercicio de la condición resolutoria.

3.3. PLAZO PARA SOLICITAR UNA DEVOLUCIÓN CONSECUENCIA DE UNA MODIFICACIÓN DE BASE

La Resolución de 22 de mayo de 2014 del TEAC (R. G. 00-02474-2011) aborda un caso en que el sujeto pasivo, en cumplimiento de un contrato, emite una factura con repercusión de IVA, declara la cuota repercutida, pero el destinatario rechaza la repercusión e inicia un procedimiento judicial sobre el precio del contrato.

Pues bien, el TEAC señala que la resolución judicial sobre el precio del contrato interrumpe la prescripción del derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos por parte del sujeto pasivo.

Señala el TEAC que, a la vista de la resolución judicial sobre el precio, debe modificarse la base imponible, rectificándose la factura y la repercusión indebidamente realizada y que el sujeto pasivo dispone de cuatro años desde la firmeza de la resolución judicial para pedir la devolución del IVA repercutido en exceso.

Y termina el TEAC señalando de la devolución del ingreso indebidamente efectuado es el sujeto pasivo, dado que el acto de repercusión no fue efectivo o no surtió efectos, al oponerse el destinatario.

Poco hay que añadir, por nuestra parte, a estos pronunciamientos. La única cuestión que podría plantearse es el plazo de prescripción del derecho a liquidar en el caso de que el destinatario hubiera ejercitado el derecho a la deducción usando como título la factura a la que se ha opuesto. Entendemos que el plazo de cuatro años de prescripción del derecho a liquidar debe computarse igualmente para el destinatario desde la firmeza de la sentencia que determina la base imponible definitiva y correcta.

En este caso, la Administración tributaria puede ser totalmente ajena a la existencia de un litigio sobre el precio y la repercusión. La única cuestión es que el destinatario puede haber ejercitado el derecho a la deducción con la factura y con el IVA repercutido a los que se ha opuesto en un ejercicio ya prescrito. Pero entendemos que en la medida en que el destinatario es quien ejercita la acción, debe conservar las declaraciones y registros del ejercicio en que ha recibido las facturas y de los cuatro posteriores, para poder comprobar el ejercicio del derecho a la deducción.

La Resolución de 25 de septiembre de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 41-01103-2014) aplica la citada resolución del TEAC y la extiende a un supuesto de resolución contractual, no judicial.

3.4. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

En un supuesto de permuta de solar por obra futura, la Resolución de 8 de septiembre de 2014 del TEAR de La Rioja (recl. 26-00457-2012) señala que el mero incumplimiento de la obligación de edificar y entregar la obra futura no habilita a solicitar la devolución del IVA soportado. El procedimiento, una vez acreditada la resolución, es el de modificación de la base imponible actuando en los términos del artículo 89.Cinco de la LIVA.

También en un supuesto de permuta de solar por obra futura la Resolución de 16 de febrero de 2015 del TEAR de Cataluña (recl. 08/7729/2011) entiende que la ejecución de la garantía de la prestación futura supone que la operación quedó sin efecto en el momento en que la ejecución de la garantía resolvió el contrato. Ello conlleva la legitimación de quien pagó el IVA para instar la aplicación del supuesto del artículo 89.Cinco b) de la LIVA y obtener la rectificación del IVA que ha devenido indebidamente repercutido.

3.5. CAUSAS DE RESOLUCIÓN PREVISTAS EN EL CONTRATO

La ya citada Resolución de 30 de septiembre de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 41-02470-2015), indica que el hecho de que el contrato original recoja una serie de supuestos de resolución unilateral del contrato no excluye que proceda la modificación de la base imponible en un supuesto de resolución por mutuo acuerdo, que se considera incardinado en la expresión «con arreglo a Derecho» del artículo 80.Dos de la LIVA.

3.6. PLAZO PARA EFECTUAR LA MODIFICACIÓN

La citada Resolución de 30 de septiembre de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 41-02470-2015) no permite que la modificación de base imponible se pueda excluir por el hecho de haberse efectuado fuera del plazo de cuatro años desde el devengo, pues el artículo 89.Uno de la LIVA distingue entre los supuestos de determinación incorrecta de la base imponible y los supuestos de modificación de la base imponible del artículo 80 de la LIVA, supuesto este último en que el plazo de cuatro años se computa desde que se produjeron las circunstancias a que el refiere el artículo 80 de la LIVA. Además, del artículo 114.Dos.2.º, párrafo final de la LIVA, resulta que la rectificación de deducciones debe realizarse cuando se reciba el documento rectificativo, por lo que no se puede oponer por el destinatario la improcedencia de la rectificación de deducciones.

3.7. DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE FALLIDO

La Sentencia de 20 de septiembre de 2003 del TSJ de Murcia (rec. núm. 1036-2000) considera que las declaraciones de fallido realizadas por un ayuntamiento dan lugar a la modificación de la base imponible, al quedar sin efecto la operación gravada. Y ello porque a esta declaración se llega a través de un procedimiento administrativo y porque el artículo 80.Dos de la LIVA se refiere a resoluciones administrativas que dejen sin efecto total o parcialmente las operaciones gravadas.

Esto, evidentemente, en nuestra opinión, no tiene por qué ser cierto. El hecho de que no pague una deuda no implica que la operación haya quedado sin efecto. Lo adecuado es la modificación de la base imponible amparándose en el supuesto de crédito incobrable.

3.8. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR FALTA DE PAGO

La Sentencia de 28 de junio de 2004 del TSJ de la Comunidad Valenciana (rec. núm. 569/2004) considera que la sentencia civil que declara resuelto un contrato de arrendamiento por falta de pago es título para aplicar el artículo 80.Dos de la LIVA. Se excluye así la tesis de la Administración de que solo podría realizarse la modificación (compensación es el término que utiliza la sentencia) desde el incumplimiento.

3.9. EMISIÓN DE FACTURAS POR ERROR

La Sentencia de 12 de mayo de 2016 del TSJ de Andalucía (rec. núm. 98/2014) excluye una rectificación de unas bases imponibles consignadas en unas facturas que se dicen emitidas por error, ya que existen indicios de la real prestación de servicios, se considera improbable el error informático alegado, ya que todas las facturas –rectificadas y rectificativas– tienen la misma

fecha, por lo que el cauce de la modificación es la aplicación del artículo 80 de la LIVA si se acredita que han surgido problemas posteriores relacionados con el desarrollo y efectividad de las operaciones facturadas.

3.10. OPERACIONES VINCULADAS O SUBORDINADAS

La Sentencia de 22 de noviembre de 2005 de la Audiencia Nacional (rec. núm. 271/2004) señala que la resolución de una compraventa no afecta ni determina la ineficacia del servicio consistente en la concesión de una opción de compra, pues este es un hecho imponible anterior y perfecto.

3.11. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN

La Resolución de 27 de septiembre de 2012 del TEAR de Andalucía (recl. 14-02295-2011) parte de un caso de una venta sin repercusión de IVA. La liquidación exige el IVA al considerar que el mismo debió ser repercutido. El reclamante alega que ha ejercitado una acción de rescisión de la operación.

El tribunal señala que la acción de rescisión en el ejercicio 2011 no tiene influencia alguna en la liquidación del periodo de la operación (2008), sin perjuicio de los efectos que pueda producir una sentencia que decrete la rescisión.

3.12. MODIFICACIÓN DE BASE ENTRE PARTES VINCULADAS

La Resolución de 27 de noviembre de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 11-03378-2014) aborda un caso de modificación de base por modificación del precio de una compraventa de una vivienda entre una sociedad y el padre del administrador, modificación que no se admite. Y ello, por la vinculación, porque no se ha acreditado que un descuento parecido al que plasma en la operación se haya concedido a los restantes compradores de la promoción y no se justifica motivo alguno para la concesión del descuento, máxime cuando existe un documento previo en que se fija el precio.

3.13. ASUNCIÓN DE DEUDA DE IVA NO ORIGINA LA MODIFICACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE

La Resolución de 13 de febrero de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 41-08388-2014) analiza un caso de una sociedad municipal que prestaba el servicio de aguas, que es asumido por el ayuntamiento. Con motivo de la asunción del servicio, al considerar que la deuda de IVA la asumía el ayuntamiento, la sociedad emite una factura rectificativa. No se admite pues la modificación de base debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 80 de la LIVA.

3.14. NECESIDAD DE DECLARACIÓN DE LA OPERACIÓN ORIGINAL

La Resolución de 25 de noviembre de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 41-01469-2016) analiza un caso en que la oficina gestora pone de manifiesto que la suma de los importe de las facturas del reclamante contabilizadas por el destinatario (entre las que no se encuentra la rectificada) coincide con el importe declarado por el sujeto pasivo en el modelo 347, lo que supone que la factura supuestamente rectificadas no fue declarada. Lo que unido a que la sentencia que se aporta se refiere a operaciones de un ejercicio distinto al ejercicio en que se emitió la factura rectificadas, llevan a denegar la rectificación declarada.

3.15. DENEGACIÓN DE LA MODIFICACIÓN POR INEXISTENCIA DE LA RESCISIÓN

La Resolución de 28 de octubre de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 14-02492-2014) no admite una modificación de la base imponible por una supuesta rescisión de la venta de una vivienda por varios motivos. Causa extrañeza que el 1 de agosto haya un pago a cuenta y el 5 de agosto se pida la rescisión. Con fecha posterior se otorga por el reclamante escritura de venta de una vivienda a la esposa de la persona con la que se otorga la rescisión analizada y que origina la modificación. Que la explicación de esta conducta es producir una minoración del tipo de IVA aplicable (el RDL 6/2010 rebajó el tipo de IVA para viviendas al 4%). Que no existen consecuencias por la rescisión del contrato (pérdida de señales o arras). Y en la escritura de venta a la esposa se aplican las cantidades percibidas del primer comprador. La conclusión es que no ha existido rescisión del contrato original, por lo que no se admite la modificación de la base imponible.

4. SITUACIÓN CONCURSAL DEL DESTINATARIO DE LA OPERACIÓN (ART. 80.TRES LIVA)

4.1. COMPATIBILIDAD ENTRE LA MODIFICACIÓN POR IMPAGO Y LA MODIFICACIÓN POR SITUACIÓN CONCURSAL

Esta compatibilidad se establece en la Resolución de 20 de septiembre de 2012 del TEAC (R. G. 00-02471-2010), dado que la LIVA no establece expresamente la incompatibilidad entre los dos supuestos.

Aunque no deja de reconocer el TEAC que la existencia del concurso de acreedores puede hacer inviable la acción judicial, lo fundamental es que si intentada la modificación de la base imponible por impago y no habiéndose cumplido alguno de los requisitos exigidos y no habiéndose, por tanto, perfeccionado la modificación, la posterior declaración en concurso del deudor, habilita al sujeto pasivo para la rectificación de la base imponible. Siempre que se cumplan todas las exigencias propias de esta modificación de la base imponible.

La Resolución de 24 de enero de 2013 del TEAC (R. G. 00-04606-2010) reitera el criterio pero hace constar que es aplicable dado que el supuesto de hecho analizado es anterior a la entrada en vigor de la Ley 16/2012. Esta ley modifica el artículo 80.Cinco, apartado 3.º, en los siguientes términos: «tampoco procederá la modificación de la base imponible de acuerdo con el apartado cuatro del artículo 80 de esta ley con posterioridad al auto de declaración de concurso para los créditos correspondientes a cuotas repercutidas por operaciones cuyo devengo se produzca con anterioridad a dicho auto».

4.2. COMUNICACIÓN DE LA MODIFICACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. FUERA DE PLAZO. POR ESCRITO

La Resolución de 30 de noviembre de 2012 del TEAR de Murcia (recl. 30-00370-2011) señala que los plazos para la modificación de la base imponible deben cumplirse escrupulosamente, sin que tal exigencia vulnere los principios de capacidad económica, proporcionalidad y neutralidad.

La Resolución de 28 de junio de 2013 del TEAR de Murcia (recl. 30-01221-2011) entiende que el retraso ha perjudicado las posibilidades de un adecuado ejercicio de las funciones de gestión y control del impuesto que incumben a la Administración, por lo que no se admite la rectificación, aunque la modificación hubiese sido notificada a la administración concursal.

La Resolución de 28 de junio de 2012 del TEAR de Andalucía (recl. 21-01143-2011) resalta que la comunicación de la rectificación a la Administración no es una mera formalidad intrascendente, sino un requisito material de la rectificación pues no efectuar la comunicación o efectuarla tardíamente impide el ejercicio de las facultades de comprobación y puede perjudicar a la Hacienda pública, por la deducción indebida de cuotas por el concursado.

La Sentencia de 20 de mayo de 2014 del TSJ de Andalucía (rec. núm. 623/2012) señala que «lo cierto es que el plazo de un mes para llevar a cabo la misma (la comunicación) encuentra su justificación en el propio procedimiento concursal, en el cual también la Administración tributaria ha de poder ejercitar sus derechos sobre el concursado, de tal forma que la ausencia de comunicación o incluso el simple retraso en dar a conocer tal situación puede suponer un perjuicio evidente para la Hacienda pública».

La Resolución de 27 de marzo de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 14-00984-2013) señala que la comunicación de la modificación de la base imponible no es una mera formalidad, sino un instrumento de defensa del crédito público y la no exigencia del cumplimiento del plazo llevaría a la arbitrariedad absoluta y dejaría la norma sin contenido.

La Resolución de 16 de diciembre de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 41-08181-2016) analiza un caso en que se practica liquidación provisional al no admitir una modificación de base imponible, ya que la comunicación de la misma no fue efectuada por vía electrónica, como exige el vigente artículo 24 del RIVA que hemos analizado. Dice la resolución que debe admitirse la modificación de base y anular la liquidación, ya que el escrito fue presentado en el Registro Ge-

neral, donde no se le debió admitir, y una vez admitido, no consta la devolución del escrito al sujeto pasivo con indicación de su inadecuada presentación y, por último, no se observa perjuicio alguno para el Tesoro, pues el documento escrito recibido en la AEAT permite conocer la rectificación y personarse en el concurso, insinuando el crédito derivado de la misma.

4.3. SUJETO PASIVO EN RÉGIMEN SIMPLIFICADO

La Resolución de 30 de octubre de 2012 del TEAR de Galicia (recl. 15-03086-2012) señala que el sujeto pasivo en régimen simplificado no puede realizar la modificación de la base imponible en caso de declaración en concurso de acreedores de un cliente. Igualmente, señala que las operaciones realizadas con el concursado se tienen en cuenta para determinar su volumen de operaciones y, en su caso, determinar la exclusión del régimen simplificado.

4.4. SUJETO PASIVO EN TERRITORIO FORAL QUE PRESENTA LA COMUNICACIÓN DEL ARTÍCULO 24.2 DEL RIVA ANTE LA HACIENDA FORAL, CUANDO LA AEAT POSEE COMPETENCIA GESTORA, NO INSPECTORA, SOBRE LAS DECLARACIONES DE IVA

La Resolución de 31 de enero de 2013 del TEAR del País Vasco (recl. 48-00204-2011) señala que la comunicación de la modificación de la base imponible debe presentarse en todas las Administraciones ante las que se declaró, pues aunque no sean competentes para la Inspección, sí conservan competencias en relación con la exacción del tributo.

4.5. IMPORTE DE LA MODIFICACIÓN

La Resolución de 28 de febrero de 2013 del TEAR de Murcia (recl. 30-05123-2010) aborda un supuesto de venta de un terreno en el que el precio se pagará con unos pagarés no bancarios y mediante la subrogación en un préstamo.

La declaración de concurso del comprador, señala el TEAR de Murcia, solo permite la modificación de la base imponible en lo que se refiere a los pagarés no pagados, ya que mientras subsista la subrogación, la modificación no puede extenderse a la parte del precio ya saldada por medio de la subrogación.

4.6. MOMENTO INICIAL DE LA MODIFICACIÓN

La Resolución de 30 de septiembre de 2013 del TEAR de Castilla y León (recl. 14-01376-2013) indica que el artículo 80.Tres no regula de forma expresa el momento inicial a partir del cual el sujeto pasivo puede proceder a la rectificación, fijando solo el plazo máximo de realización de la misma.

La Resolución de 30 de noviembre de 2011 del TEAR de Murcia (recl. 51-00804-2009) admite la modificación realizada con anterioridad al auto de declaración de concurso pero una vez iniciado el procedimiento judicial de concurso. Considera el tribunal que la modificación se ha realizado en plazo. Entendemos que la insinuación en el concurso del crédito público por la cuota del IVA se puede realizar y el hecho de anticipar la modificación a la declaración de concurso, que luego se produce, no excluye la modificación.

4.7. PLAZO PARA EFECTUAR LA MODIFICACIÓN

La Resolución de 19 de febrero de 2014 del TEAC (R. G. 00-07127-2012), recogiendo el criterio de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 10 de enero de 2014 (rec. núm. 141/2013), 20 de octubre de 2013 (rec. núm. 52/2012) y 12 de septiembre de 2013 (rec. núm. 107/2012) señala que la modificación no podrá realizarse después del plazo previsto en el artículo 21.1.5 de la Ley 22/2003.

Se modifica así el criterio de la Resolución de 17 de enero de 2012 del mismo TEAC (R. G. 00-01307-2010) que distinguía el plazo según si el concurso se tramitaba por el procedimiento ordinario (1 mes) o por el procedimiento abreviado (15 días).

La Resolución de 5 de abril de 2013 del TEAR de Andalucía (recl. 21-01835-2012) aborda la importancia del cumplimiento del plazo para la modificación, al señalar que «del IVA no pagado por el concursado viene a ser acreedor el Tesoro Público. Por ello, el cumplimiento de los plazos no es una cuestión subsanable como pretende el reclamante, sino que la comunicación de la rectificación debe hacerse en el plazo de una mes establecido en la norma, a fin de que la Administración conozca la rectificación, controle la rectificación de deducciones y en su caso se insinúe en el concurso con el crédito de IVA resultante de la modificación».

La Resolución 25 de septiembre de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 41-06639-2013) señala que, frente a lo que entiende el reclamante, el plazo de un mes y la obligación de comunicación de la rectificación no se establecen en garantía del contribuyente, sino para permitir a la Administración la subrogación en el concurso del destinatario de la rectificación, en el importe del crédito de IVA.

4.8. CONCURSADO NO RESIDENTE EN TERRITORIO DE APLICACIÓN DEL IVA

La Resolución de 30 de septiembre de 2013 del TEAR de Castilla- La Mancha (recl. 45-0199-2010) señala que el artículo 80.Tres de la LIVA no es de aplicación cuando el proceso concursal no se desarrolla conforme a la Ley española 22/2003, ya que el destinatario de la operación es un no residente sin establecimiento permanente.

4.9. CUOTA DE IVA COBRADA

En la Resolución de 22 de junio de 2012 del TEAR de La Rioja (recl. 26-00093-2011) no se acepta la modificación de la base imponible por concurso del destinatario pues la cuota de IVA devengada en la transmisión consta como satisfecha por la compradora en el momento del otorgamiento de la escritura pública. Como el IVA fue satisfecho por la parte compradora, no procede la rectificación del mismo, pues no existe impago del mismo.

La Resolución de 11 de mayo de 2012 del TEAR de Asturias (recl. 33-01575-2010) señala que no procede la modificación de la base imponible del IVA para recuperar el 5% de retención, ya que las cuotas de IVA repercutidas ya se satisficieron en su totalidad, no dándose el presupuesto de hecho de crédito total o parcialmente incobrable.

4.10. DEVENGO DE IVA Y AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

La Resolución de 23 de diciembre de 2011 del TEAR de Asturias (recl. 33-01723-2011) señala que no cabe modificar la base imponible cuando la fecha de devengo de IVA de las operaciones a modificar es posterior a la fecha de publicación en el BOE del auto judicial de declaración de concurso.

La Resolución de 21 de diciembre de 2011 del TEAR de Murcia (recl. 51-00432-2010) admite una rectificación de bases en un caso de arrendamiento cuando el mismo día de la declaración de concurso se factura la parte de la última anualidad vencida.

4.11. CRÉDITO ASEGURADO

La ya citada Sentencia de 20 de septiembre de 2013 del TSJ de Andalucía (rec. núm. 282/2012) señala que no cabe la modificación por concurso cuando las cantidades se encuentran garantizadas por un tercero en virtud de un contrato de seguro de crédito.

4.12. CONCURSO DE UNO DE LOS INTEGRANTES DE UNA UTE

La Sentencia de 15 de junio de 2016 del TSJ de Andalucía (rec. núm. 39/2015) rechaza que la declaración en concurso de uno de los integrantes de una unión temporal de empresas (UTE) permita la modificación de la base imponible aplicando el artículo 80.Tres de la LIVA, pues no existe constancia de la declaración judicial de insolvencia respecto de la totalidad de la UTE.

La Resolución de 27 de noviembre de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 14-01731-2014) matiza esta conclusión. Se trata de un supuesto en el que como consecuencia del concurso de uno de los integrantes de la UTE se realiza la modificación de la base imponible y se comunica a la

Administración. El tribunal considera que la comunicación de la modificación no fue contestada, que la otra sociedad integrante de la UTE también fue declarada en concurso, que la Administración ha podido ejercitar las acciones de rectificación de deducciones en la UTE, por lo que se admite la modificación de bases.

4.13. RECEPCIÓN DE FACTURA RECTIFICATIVA PERO FALTA DE RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO DE IVA EN EL CONCURSO

La Resolución de 15 de noviembre de 2013 del TEAR de Andalucía (recl. 41-04102-2013) aborda este problema. Hemos de señalar que se ha probado el envío de la factura rectificativa a la administración concursal. Y señala que «el hecho de que en el escrito del reclamante de comunicación de créditos dirigido a la administración concursal se englobe el importe del IVA, cuando consta la notificación de la rectificación de bases a dicha administración concursal y dicho importe se reconozca en el informe de la administración concursal es una contradicción que debe resolverse en el seno del concurso, por lo que lo procedente es que el Servicio Jurídico de la AEAT interponga las acciones encaminadas a la rectificación de dicho informe y no la práctica de liquidación provisional que deja sin efecto una rectificación de bases bien realizada. Pues evidentemente, una vez acreditada la recepción de la factura rectificativa el error se encuentra en el informe, ya que el procedimiento de rectificación es correcto».

4.14. NOTIFICACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL PERO NO AL CONCURSADO

La Resolución de 21 de febrero de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 21-01977-2013) señala que conforme al artículo 29 de la Ley concursal la administración concursal tiene la obligación de comunicar una dirección para que se efectúe la comunicación de los créditos a la misma, por lo que la recepción de una comunicación de la factura rectificativa por la administración concursal es una comunicación que surte efectos para el concursado.

4.15. MES DE AGOSTO INHÁBIL

La Resolución de 17 de enero de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 41-07059-2013) aborda el tema del mes de agosto como inhábil a efectos del concurso. El reclamante considera que la modificación de la base debe admitirse porque publicado el concurso en el BOE en el mes de agosto y siendo este mes inhábil a efectos procesales, debe atenderse al 1 de septiembre para computar el plazo de un mes.

El tribunal rechaza esta tesis porque el reclamante no ha aportado un justificante judicial de que el mes de agosto fuera inhábil, porque el plazo no es un plazo jurisdiccional, sino un plazo

para comunicar los créditos a la administración concursal y porque en el anuncio del BOE nada se dice sobre el carácter inhábil del mes de agosto.

4.16. IMPORTE DEL CRÉDITO DEL SUJETO PASIVO CONTRA EL CONCURSADO COMUNICADO A LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

La Resolución de 11 de abril de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 14-03368-2013) aborda un supuesto de modificación de la base imponible en que no se admite por la oficina gestora porque el sujeto pasivo en la comunicación a la administración concursal incluyó el importe del IVA en el importe adeudado. La resolución señala que en la situación de un sujeto pasivo que tiene noticia del concurso de su cliente nada tiene de extraño que el mismo comunique a la administración concursal el importe total de lo que se le adeuda. Pero ante esta contradicción lo que la oficina gestora debe hacer es comunicar tal diferencia al Servicio Jurídico del Estado para que se persone en el concurso. Pero en el caso concreto que nos ocupa el sujeto pasivo aportó a la oficina gestora documentación sobre el importe reconocido como crédito concursal del reclamante, desapareciendo la contradicción señalada.

4.17. INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES PERO SE HA PRODUCIDO LA INSINUACIÓN DE LA HACIENDA PÚBLICA EN EL CONCURSO

La Resolución de 25 de septiembre de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 21-00432-2014) excluye la posibilidad de aceptar la modificación en este caso, pero porque el reclamante no ha probado la insinuación, sino que se ha limitado a señalar la posibilidad de que se haya producido.

Por tanto, añadimos nosotros, de haberse probado que en el concurso se ha reconocido a favor de la Hacienda pública un crédito por el importe de las cuotas de IVA rectificadas, la modificación de base realizada por el reclamante debe ser admitida, pues se habría cumplido con la finalidad de la norma.

En la Resolución de 30 de julio de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 41-02379-2014) se pone de manifiesto que del informe definitivo emitido por la Administración concursal se deduce que se ha producido la insinuación a favor de la AEAT, sin que conste la oposición de su representación jurídica contra este reconocimiento.

4.18. SEGURIDAD JURÍDICA Y CONCURSO

La Resolución de 25 de septiembre de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 14-00614-2014) aborda un supuesto en que el sujeto pasivo comunica la rectificación de bases. La AEAT le indica determinadas deficiencias por lo que presenta una segunda comunicación, sin recibir nueva

comunicación, por lo que entendió que la rectificación era correcta y procedió a incluirla en su declaración-liquidación.

Posteriormente, se practican liquidaciones excluyendo la rectificación por defectos formales en las facturas rectificativas y por haberse realizado antes de plazo. Para la primera cuestión, la resolución señala que dichos defectos son subsanables con la documentación aportada y no impiden la insinuación en el concurso en los importes rectificados. Para la segunda cuestión el reclamante alega que efectuó la reclamación judicial de la deuda e hizo la rectificación porque conocía la situación preconcursal del deudor. La resolución considera que si el cambio de acreedor no se ha podido realizar es por causas exclusivamente imputables a la Administración, por lo que ha de admitirse la rectificación.

5. INCOBRABILIDAD O IMPAGO DE CRÉDITOS (ART. 80. CUATRO LIVA)

5.1. PRESUPUESTOS GENERALES

El IVA exige que los sujetos pasivos repercutan el IVA cuando se produzca el devengo. Con carácter general (sabemos que existe, como excepción, el régimen especial del criterio de caja), el sujeto pasivo debe declarar e ingresar las cuotas repercutidas con independencia del cobro de las mismas.

Uno de los mecanismos correctores de una situación que se considera injusta (deber de ingresar cuotas repercutidas no cobradas) es la modificación de base imponible (en realidad de cuota repercutida) que regula el apartado Cuatro del artículo 80 de la LIVA.

Este supuesto se funda en el impago del crédito y de la cuota y faculta al sujeto pasivo, previo cumplimiento de algunos requisitos, a efectuar la modificación de la cuota repercutida, aunque la LIVA la regula como modificación de base imponible.

5.2. REQUISITOS TEMPORALES

El apartado Cuatro del artículo 80 establece tres plazos para realizar la rectificación por impago o morosidad (inicialmente eran de dos años sin cobro y tres meses para realizar la modificación, y un mes para comunicar la modificación a la Administración tributaria pero, como consecuencia de la situación de crisis económica iniciada en 2007, y profundizada en 2009 y 2010, el primer plazo ha sido objeto de minoración, distinguiendo según el volumen de operaciones del sujeto pasivo).

En cualquier caso, lo que importa son las consecuencias del incumplimiento de estos requisitos. La Resolución de 25 de marzo de 2011 del TEAR de Cataluña (recl. 08-09090-2007) señala que el incumplimiento de los requisitos temporales determina la imposibilidad de modificar la base imponible.

No estamos de acuerdo con esta conclusión general. En primer lugar, porque si la modificación se ha realizado antes del cumplimiento de los plazos, el reclamante podrá rectificar la modificación y volver a modificar correctamente dentro de los plazos legales.

En segundo lugar, porque tratándose de esta modificación por impago de un supuesto de cambio de acreedor (por la vía de exigencia al repercutido o por la vía de rectificación de deducciones, si la cuota impagada ha sido objeto de deducción) de manera que tras las modificación el acreedor pasa a ser el Tesoro Público, la modificación debe surtir todos sus efectos aunque se haya realizado fuera de plazo, si se acredita por el sujeto pasivo que la modificación ha surtido el efecto deseado (es decir, si el repercutido o destinatario ha ingresado la cuota de IVA impagada en el Tesoro o si ha rectificado sus deducciones en el importe de la cuota modificada). Evidentemente, la carga de la prueba de que el cambio de acreedor se ha producido o perfeccionado recae sobre el sujeto pasivo que alega la corrección de la modificación de la base imponible que ha realizado.

La Resolución de 20 de diciembre de 2012 del TEAR de Andalucía (recl. 41-08983-2011) excluye la posibilidad de declarar en el mismo periodo la operación y la rectificación de la misma, sin admitir el argumento del reclamante de que el devengo era anterior en un año a la fecha de declaración. Es decir, el reclamante realizó una serie de operaciones sin facturar, pero ante el impago de las mismas y para ejercitar acciones judiciales procede, en el mismo periodo, a emitir las facturas y a rectificarlas, evitando el ingreso del IVA repercutido. Aplicando la presunción de veracidad de la declaración resultaría que el devengo se ha producido en el periodo de declaración, por lo que no procede la rectificación al no haber transcurrido un año desde el devengo.

5.2.1. La Ley 4/2008 modifica el artículo 80 y su disposición transitoria tercera regula que los créditos que a la entrada en vigor de la ley tuvieron un año de vida desde el devengo sin haberse cobrado, se considerarán incobrables (Resolución de 20 de febrero de 2013 del TEAC, R. G. 00-04870-2010).

La Resolución de 27 de junio de 2013 del TEAR de Andalucía (resolución desestimatoria de recurso de reposición interpuesto contra. 41-05522-2012) señala que se trata de una norma favorable al sujeto pasivo, que no establece la necesidad del cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente en el momento del nacimiento del crédito, sino que establece una norma transitoria que permite, a opción del sujeto pasivo, efectuar la rectificación aplicando el nuevo plazo.

5.2.2. Plazo de tres meses para realizar la modificación. Cumplido el primer plazo –de no cobro del crédito derivado de la operación sujeta a IVA– la modificación debe realizarse en un segundo plazo de tres meses.

La Resolución de 24 de enero de 2013 del TEAC (R. G. 00-04158-2009) señala que el incumplimiento de este plazo –o sea, la no realización de la modificación en el mismo– determina la caducidad del derecho a la modificación.

5.2.3. Plazo de un mes para la comunicación de la modificación a la Administración tributaria. La Resolución de 24 de enero de 2013 del TEAC antes citada (mismo criterio en Resoluciones del TEAC de 17 de julio de 2014, R. G. 00/05205/2012, y de 24 noviembre de 2016,

R. G. 00-06771-2013) señala que la finalidad de este plazo y de esta obligación de comunicación de la modificación a la Administración tributaria tiene por finalidad permitir a la Administración un adecuado control de las modificaciones.

Señala el TEAC que si el incumplimiento de este plazo impide el ejercicio del adecuado control administrativo necesario para asegurar la recaudación del IVA entonces el incumplimiento del plazo es causa de denegación del ejercicio del derecho a la modificación.

Pero no cabe la denegación automática del derecho a la rectificación como consecuencia de un incumplimiento tardío o extemporáneo de la obligación de documentación (en el caso concreto que nos ocupa se trata un retraso de cinco días y se considera que no se ha justificado en qué medida el retraso ha incidido en la adecuada gestión y control del IVA).

Sin embargo, la Resolución de 30 de mayo de 2013 del TEAR de Murcia (recl. 30-04609-2011) no contempla ninguna modulación y señala que el retraso en la comunicación merma las posibilidades de un adecuado ejercicio de las funciones de control y gestión del impuesto.

En el mismo sentido, la Resolución de 1 de febrero de 2013 del TEAR de Andalucía (recl. 14-02927-2012) señala que no se aprecia quiebra alguna del principio de neutralidad del IVA en la inadmisión de la rectificación por haber incumplido el plazo de un mes para la realización de la comunicación de la modificación.

Y ello es lógico, ya que si se admite una modificación fuera de plazo el destinatario de la operación en el supuesto en que se quiera por la Administración modificar las deducciones como consecuencia de la modificación de su IVA soportado deducible, podrá oponer que la modificación (y, por tanto, el cambio de acreedor que en algunos supuestos se va a producir) se ha realizado de forma no acorde con el ordenamiento jurídico, precisamente por el incumplimiento del plazo de un mes. Lo que supone que la Administración pierde la posibilidad de recuperar el IVA.

5.2.4. Plazos de un año y seis meses. La Sentencia de 23 de septiembre de 2016 del TSJ de Andalucía (rec. núm. 322/2015) aborda el análisis de la siguiente expresión legal «cuando el titular del derecho de crédito cuya base imponible se pretende reducir sea un empresario o profesional cuyo volumen de operaciones, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 121 de esta ley, no hubiere excedido durante el año natural inmediato anterior de 6.010.121,04 euros, el plazo de un año a que se refiere esta condición 1.^a, será de seis meses». El recurrente entendía que el año natural inmediato anterior es el anterior al devengo, mientras que el TEAR entendía que la fecha de referencia es la fecha de la rectificación.

La sentencia señala que la interpretación integradora que atienda a la finalidad del precepto lleva a acoger la interpretación de la actora, ya que carecería de sentido que una vez devengado el impuesto con plazo de un año para rectificar, al final de dicho plazo, en un mal año para la empresa, se vea modificado el plazo y se pierda el derecho a modificar las bases.

5.2.5. Carácter esencial de los plazos. La Resolución de 30 de octubre de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 14-00260-2013) señala que el cumplimiento del plazo de un año es un requisito esencial, pues la rectificación de la base puede conllevar la rectificación de deducciones que la AEAT debe verificar, por lo que el transcurso del tiempo perjudica las posibilidades de cobro de la cuota repercutida. No se admite la tesis del reclamante de que el plazo de un año es el plazo mínimo, pues entender que el sujeto pasivo puede realizar la rectificación cuando estime oportuno, una vez cumplido dicho plazo, ni se ajusta a la naturaleza de la institución (que no es más que un cambio de acreedor), ni al texto de la norma, que señala que la rectificación debe realizarse en el plazo de los tres meses siguientes al cumplimiento de los plazos de un año o de seis meses.

La Resolución de 30 de abril de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 21-00371-2014) no admite una modificación de la base imponible, ya que no se conoce la fecha exacta de la demanda judicial, no se conocen las fechas de devengo de los servicios, ni las facturas emitidas e impagadas y sus fechas de emisión, no existe una clara relación entre factura emitida, pagaré entregado, posibles pagarés por refinanciación y si se ha producido la inclusión o no en la demanda de dichos pagarés, siendo circunstancias que impiden determinar si se han observado los plazos del artículo 80 de la LIVA, por lo que no se admite la rectificación y el cambio de acreedor pretendido por el reclamante.

5.3. RECLAMACIÓN DEL PAGO AL DEUDOR

La norma exige que el sujeto pasivo tenga una actuación de intento de cobro frente al deudor de la cuota de IVA a modificar.

Esto ha planteado algunas cuestiones. La Resolución de 17 de enero de 2012 del TEAC (R. G. 00-05020-2009) ha señalado que el requisito de haber instado el cobro mediante reclamación judicial del crédito no puede entenderse cumplido por el hecho de haber interpuesto reclamación económico-administrativa contra la negativa del destinatario a soportar la repercusión. Pues la modificación de la base imponible exige la realización de determinadas actuaciones que permitan entender que se ha instado el cobro del deudor.

La Resolución de 26 de septiembre de 2013 del TEAR de Andalucía (recl. 41-04284-2012) señala que el hecho de que el reclamante haya acudido a un notario de la localidad de su domicilio para dar fe del envío de una carta certificada al deudor y que el acuse de recibo se haya devuelto a la notaría, no supone actuaciones que impliquen que estemos ante un requerimiento notarial, que tenía que haberse realizado por un notario de la localidad del domicilio del destinatario y por medio del cual el notario debe requerir, conminar o instar al pago de la deuda al destinatario de la factura.

Sin embargo, la Sentencia de 6 de marzo de 2015 del TSJ de Andalucía (rec. núm. 705/2013) ha anulado esta resolución y ha considerado que la intervención de notario permite garantizar que la voluntad de cobro del acreedor es conocida por el deudor.

La Resolución de 29 de enero de 2016 del TEAR de Castilla y León (recl. 34-00043-2014) señala que la emisión de la factura rectificativa puede ser anterior al requerimiento de pago aunque la modificación de la base solo se podrá consignar en la declaración-liquidación una vez que se perfeccionen todos los presupuestos de hecho exigidos por la norma. La anticipación en la emisión de la factura rectificativa no puede suponer la pérdida del derecho a rectificar la base.

La Sentencia de 20 de abril de 2016 del TSJ de Andalucía (rec. núm. 487/2014) señala que la existencia de una mera denuncia por parte del sujeto pasivo, que como acto limitado a la comunicación de los hechos ni tan siquiera supone el ejercicio de acciones penales, y que, además, no contienen reclamación patrimonial alguna ni supone el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80.Cuatro de la LIVA.

La ya citada Resolución de 27 de septiembre de 2012 del TEAR de Andalucía (recl. 14-02703-2011) señala que el artículo 80.Cuatro de la LIVA exige una acción positiva dirigida al cobro, pero no se exige una declaración de incobrabilidad judicial o notarial del crédito. Debe realizarse algún acto encaminado al cobro pero no es necesario agotar las posibilidades de cobro. Por ello, la interposición de una demanda judicial de conciliación es suficiente para considerar cumplido el requisito del artículo 84.Cuatro de la LIVA.

También señala que la no continuación, después de la demanda de conciliación, de las acciones judiciales no equivale a un desistimiento, que ha de ser expreso.

5.4. MODIFICACIÓN EN CASO DE IMPAGO PARCIAL DE LA DEUDA

En el caso de que se haya procedido al pago parcial de la deuda, la Resolución de 26 de enero de 2012 del TEAR de Madrid (recl. 28-24218-2010) entiende que debe producirse una reducción proporcional de la base y de la cuota, de manera que se entienda cobrada parcialmente la cuota y la rectificación se pueda efectuar por la parte proporcional no cobrada.

La Resolución de 30 de octubre de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 14-00186-2014) analiza un caso de modificación por concurso en el que el sujeto pasivo realiza la modificación por el importe total de una compraventa. La oficina gestora señala que el sujeto pasivo al proceder a la venta percibe una parte del precio y constituye con dicho importe un depósito a favor del comprador, para que efectúe el pago de las deudas hipotecarias en nombre del deudor. Y, frente a la alegación del reclamante de que no se produjo la subrogación hipotecaria, la resolución apunta que la subrogación era sin novación, por lo que no era preciso el consentimiento del acreedor hipotecario.

5.5. COMUNICACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

Tanto en el supuesto de modificación por concurso como en el de modificación por impago, las mismas deben ser comunicadas a la Administración tributaria.

El artículo 24 del RIVA exige desde 1 de enero de 2014 que la comunicación por el sujeto pasivo de la modificación se haga por medios telemáticos.

La Resolución de 22 de enero de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 41-02183-2015) aborda un supuesto en que la comunicación se efectuó por escrito. Resalta la resolución que la Administración no hizo actuación alguna cuando ha recibido la comunicación en papel (lo que, añadimos nosotros, supone que la ha aceptado, cuando lo correcto hubiera sido devolverla al sujeto pasivo, con concesión de un plazo para subsanar el defecto), por lo que aplicando la doctrina del TEAC sobre que los defectos formales solo pueden suponer pérdida del derecho cuando dificulten o impidan el ejercicio de la función de control, lo que en el caso enjuiciado no se ha acreditado por la Administración tributaria, por lo que se admite como correcta la comunicación.

5.6. VOLUNTAD DE IMPAGO DE LA DEUDA

La Sentencia del TSJ de Andalucía de 28 de marzo de 2016 (rec. núm. 226/2013) señala que la intención del destinatario de la factura de no atender su pago no constituye, por sí sola, causa suficiente para rectificar la factura.

5.7. RECLAMACIÓN JUDICIAL POSTERIOR A LA MODIFICACIÓN DE LA BASE

La Sentencia de 6 de julio de 2016 del TSJ de Andalucía (rec. núm. 195/2015) señala que «no acertamos a comprender en qué medida ha podido perjudicarse su derecho frente a terceros por una reclamación judicial instada una semana después de la rectificación, pero que, en todo caso, se produce dentro de los plazos de modificación y comunicación a la Administración previstos en la LIVA o en el artículo 24 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se apruebe el Reglamento del IVA».

5.8. CRÉDITO CON GARANTÍA REAL

La Resolución de 29 de marzo de 2012 del TEAR de Andalucía (recl. 41-11320-2010) aborda un caso de reclamación económico-administrativa interpuesta por el destinatario de la rectificación contra la misma. El reclamante alega que se ha trabado embargo sobre un inmueble por lo que no procede la modificación de la base por impago ya que el crédito gozaría de garantía real.

El tribunal rechaza esta tesis que considera que el artículo 80.Cinco de la LIVA excluye la modificación en los casos en que el crédito goza de garantía real porque entiende que el crédito en el momento de nacer ha sido garantizado con una garantía real económicamente suficiente para ser cobrado. Se rechaza que exista garantía real, pues la anotación preventiva

de embargo no lo es, pues puede desaparecer como consecuencia de una tercería de dominio y porque económicamente puede no ser suficiente para el cobro del crédito (especialmente si hay cargas preferentes).

5.9. CRÉDITO DERIVADO DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

La Resolución de 10 de enero de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 41-03992-2013) aborda el asunto de la modificación de la base imponible como consecuencia de un impago de rentas. Señala que «la reclamante, que interpone una acción judicial para el cobro total de lo adeudado, una vez que han transcurrido seis meses desde el devengo del IVA de la primera renta no pagada rectifica la totalidad de las facturas dejadas de pagar, es decir, comprendiendo la primera, en la que se ha cumplido el plazo de seis meses señalado en el artículo 80. Cuatro para poder realizar la rectificación, y las posteriores, respecto de las cuales no se ha cumplido dicho plazo.

Pues bien, consideramos que la rectificación realizada es incorrecta, pues no se trata de una operación con precio aplazado, sino de una operación de tracto sucesivo, por lo que la reclamante debe realizar la rectificación a los seis meses desde la producción del impago de la renta y comunicar la misma a la Administración».

5.10. OPERACIONES A PLAZOS Y CON PRECIO APLAZADO

La Resolución de 27 de junio de 2013 del TEAR de Andalucía (recl. 14-02152-2012) señala que en dos facturas en las que se hace constar que la forma de pago es «confirming 180 días FF» y «contado mediante cheque nominativo» no son operaciones a plazo, ni se trata de operaciones con precio aplazado. En el mismo sentido, la Resolución de 30 de junio de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 14-03197-2015) excluye la rectificación cuando en las facturas se hace constar pago al contado o a 90 o 180 días, o cuando la emisión de un pagaré para el pago de la factura es de fecha muy posterior al devengo y factura.

La Resolución de 21 de febrero de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 41-14106-2012) aborda la cuestión de los efectos de la minoración del plazo de un año a seis meses para las pequeñas empresas en relación con este tipo de operaciones. Recuerda el acuerdo que en el caso de operaciones con pago aplazado se atenderá al vencimiento de los pagos aplazados para computar el año de impago, siempre que el aplazamiento sea, como mínimo de un año.

Para solucionar esta cuestión para las empresas a las que es aplicable el plazo de seis meses distingue dos casos. Cuando el plazo de pago (diferencia entre la fecha de devengo y la fecha de vencimiento del pago) es superior a seis meses debe considerarse aplicable el plazo general de un año desde el devengo, y cuando el plazo de pago es inferior a seis meses, debe aplicarse el plazo de seis meses computado desde el devengo.

5.11. EN EL JUICIO CAMBIARIO SE ALEGA LA FALTA DE ENTREGA DE LAS MERCANCÍAS

En la Resolución de 26 de junio de 2014 el TEAR de Andalucía (recl. 21-01362-2013) no admite la alegación del reclamante de que como el deudor había alegado en el juicio cambiario la falta de entrega de las mercancías, no podría considerarse que se ha producido el devengo sino en la fecha de la sentencia del juicio cambiario. El sujeto pasivo consideraba que como el devengo se habría producido con la sentencia el plazo de un año para la rectificación por impago se inicia desde dicha fecha y no desde la emisión de la factura.

El tribunal rechaza este argumento señalando que el motivo no prosperó, el reclamante no lo aceptó y en el caso de que se hubiera probado que las mercancías no se habían entregado lo que procedería sería la rectificación por haber quedado sin efecto la operación y no la rectificación por impago del crédito.

5.12. DENUNCIA CRIMINAL CONTRA EL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD DEUDORA

La Resolución de 30 de octubre de 2013 del TEAR de Andalucía (recl. 14-02932-2013) señala que no existe reclamación judicial al deudor, como exige el artículo 80.Cuatro de la LIVA, pues se ha interpuesto una denuncia criminal por un presunto delito de estafa, pero esta no es una acción «para instar su cobro», sino una acción de exigencia de responsabilidades penales, que persigue la imposición de una pena para el presunto responsable. Por tanto, la modificación de la base imponible no es correcta.

5.13. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS TRAS LA DECLARACIÓN DE LA MODIFICACIÓN

En el caso abordado en la Resolución de 30 de abril de 2014 del TEAR de Andalucía (recl. 14-03225-2013) confirma que la modificación no puede declararse en la declaración de un periodo (cuarto trimestre) anterior a la reclamación judicial y a la comunicación (primer trimestre del ejercicio siguiente, pues la declaración del cuarto trimestre no puede recoger hechos posteriores a la fecha de cierre del trimestre.

5.14. INCREMENTO DE CUOTAS A COMPENSAR PROCEDENTES DE PERIODOS ANTERIORES

La Resolución de 18 de diciembre de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 41-07818-2014) confirma una liquidación, ya que el sujeto pasivo, ante el impago de unos créditos, incrementó el saldo a compensar procedente de ejercicios anteriores en el importe de las cuotas no cobradas, puesto que no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 80 de la LIVA.

5.15. PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE GRAN EMPRESA

La Resolución de 25 de septiembre de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 53-00907-2014) excluye la conclusión de la oficina gestora de que producida en el ejercicio del devengo una disminución del volumen de operaciones por debajo de 6.010.121,04 euros, tal minoración permite considerar que el plazo para la rectificación bajó de un año a seis meses, pues la seguridad jurídica exige determinar el plazo de rectificación con los datos que existían o eran conocidos al momento de emitirse la factura original.

5.16. RENOVACIÓN DE PAGARÉS

El artículo 80 de la LIVA establece que en el caso de operaciones a plazos o con pago aplazado, siempre que el periodo transcurrido entre el devengo del impuesto y el vencimiento del último o único pago sea superior a un año, el cómputo del plazo sin cobro de la deuda (1 año o 6 meses) debe iniciarse una vez vencido el último o único pago. La ya citada Resolución de 25 de mayo de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 14-00080-2015) señala que la determinación de si la operación es una operación a plazos o con precio aplazado debe realizarse en el momento de la realización de la operación que origina la factura. Pero si la operación no era a plazos o con precio aplazado, pero el reclamante acepta una renovación de pagarés, tal renovación no convierte lo que no eran operaciones a plazos o con precio aplazado en operaciones a plazos o con precio aplazado. Aceptar este cambio supondría dejar a la voluntad del sujeto pasivo el cumplimiento de los plazos para la modificación, además de dificultar las gestiones para la rectificación de deducciones o el recobro de las cuotas de IVA.

5.17. EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La Resolución de 30 de junio de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 41-02336-2015) excluye la posibilidad de que, dado que la ejecución hipotecaria de la garantía hipotecaria formalizada para garantizar el pago de la deuda no ha permitido al reclamante el cobro de la deuda pendiente, se pueda reabrir la posibilidad de rectificar o modificar la base imponible, pues el artículo 80 de la LIVA no recoge esta posibilidad.

5.18. CRÉDITOS DE ENTES PÚBLICOS

La Resolución de 26 de febrero de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 41-00470-205) analiza la rectificación de bases imposables por impago de créditos contra entes públicos. Señala la resolución que la certificación que exige la norma es una certificación específica en la que debe constar que se emite a los efectos de lo dispuesto en el artículo 80 de la LIVA y que este certificado no puede sustituirse por un listado de facturas, ni por impresiones de pantallas de ordenador (aunque sea del ente público) que recogen las facturas pendientes de pago, sino que el ente público deudor debe conocer

que el emisor de la factura ha iniciado el procedimiento de rectificación a fin de que no efectúe el pago de la cuota de IVA y tenga conocimiento del cambio de acreedor que la rectificación de bases implica. Se señala que el reclamante ni siquiera ha acreditado que haya solicitado la emisión de los certificados específicos del artículo 80.Cuatro de la LIVA, sino que se limita a señalar la existencia de diferentes circunstancias que le impiden obtenerlos, pero no acredita la realidad de las mismas.

La Resolución de 26 de febrero de 2016 del TEAR de Andalucía (recl. 41-03471-2014) en un supuesto de modificación de bases por impago de deudas por un ente público señala que no procede tener en cuenta el plazo de 40 días de que dispone la Administración para pagar conforme a lo dispuesto en la Ley 15/2010, de 5 de julio, de lucha contra la morosidad, pues el artículo 80.Cuatro de la LIVA señala que los plazos de un año y seis meses sin cobro deben iniciarse el día del «devengo del impuesto repercutido» (en el caso de operaciones a plazo o con precio aplazado debe tenerse en cuenta el periodo transcurrido entre el devengo del impuesto repercutido y el vencimiento del último o único pago sea superior a un año o seis meses).

La Resolución de 30 de octubre de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 11-01408-2014) anula una liquidación en la que no se admite una rectificación de bases al considerar no acreditada la remisión de la factura rectificativa. La anulación se debe a que se trata de un crédito impagado por un ente público que ha emitido el certificado de reconocimiento de deuda, sin que la oficina gestora haya realizado actuación alguna cerca del ente público sobre la recepción de la factura rectificativa.

5.19. CUESTIONES FORMALES

La Resolución de 13 de mayo de 2015 del TEAR de Andalucía (recl. 14-02746-2014) aborda dos cuestiones formales. La primera es la referida a que en el escrito de comunicación de la rectificación no se hace mención a que se trata de créditos que no están garantizados. La Resolución considera que la expresión que contiene el escrito de comunicación «que no se trata de un crédito excluido para ello» cubre las exigencias reglamentarias. La segunda cuestión es la relativa a que las facturas rectificativas no indican la fecha de las facturas rectificadas. Se considera que este defecto no impide el ejercicio de la función de control (además, se considera que esta cuestión debió poner de manifiesto con inmediatez a la presentación de la comunicación, no cuatro años más tarde).

6. FIJACIÓN PROVISIONAL (ART. 80.SEIS LIVA)

6.1. MODIFICACIÓN DE IVA A LA IMPORTACIÓN

La Resolución de 10 de noviembre de 2004 del TEAC (R. G. 00-01298-2004) resuelve sobre un supuesto de modificación del IVA a la importación, ya que admitida la declaración aduanera a libre práctica de un mercancía pese al carácter no definitivo de la base imponible, una vez que se conoce el dato definitivo, debe practicarse liquidación provisional con exigencia de intereses de demora.

Pues bien, señalamos nosotros que si la modificación de la base imponible fuera a la baja, indudablemente el importador tendría derecho a los intereses de demora a su favor, calculados sobre la base del ingreso efectuado. Y ello sin perjuicio, en su caso, de la rectificación de la deducción del IVA a la importación.

6.2. TIPO IMPOSITIVO

La ya citada Sentencia de 23 de septiembre de 2016 del TSJ de Andalucía (rec. núm. 322/2015) señala que estamos no ante una base cuyo devengo se produzca cuando ya estaba en vigor el nuevo tipo, sino ante una rectificación de bases por una operación cuyo IVA se devengó cuando se realizó el servicio. Por ello debe aplicarse el tipo vigente en el momento del devengo y no el vigente en el momento de la rectificación.

LOS AVISOS DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE IRREGULARIDADES EN LA APLICACIÓN DE ARANCELES PREFERENCIALES: EFECTOS SOBRE LA BUENA FE DE LOS IMPORTADORES Y ADECUACIÓN AL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Análisis de la STGUE de 15 de diciembre de 2016, asunto T-548/14

Alejandro García Heredia

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Cádiz*

EXTRACTO

La presente sentencia analiza los efectos y alcance que tienen los denominados «avisos a los importadores», que son publicados por la Comisión Europea en el DOUE para advertir de posibles irregularidades en la aplicación de regímenes arancelarios preferenciales. En particular, el TGUE debe concretar hasta qué punto la publicación de un aviso de estas características impide que el deudor pueda invocar su buena fe para obtener la condonación de la deuda aduanera en aquellos casos en los que la deuda no ha sido debidamente recaudada como consecuencia de un error de las autoridades competentes (art. 220.2 b) CAC). La respuesta a esta cuestión requiere determinar en qué medida tales avisos deben respetar los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima de los importadores, que se configuran como principios generales del Derecho de la Unión.

1. SUPUESTO DE HECHO

La empresa española ACTEMSA, SA importó en la Unión Europea productos transformados del atún (atún en conserva y lomos de atún congelados), declarados como originarios de Ecuador, al amparo de un tratamiento arancelario preferencial¹. Durante el periodo en que se realizaron las importaciones, la Comisión Europea publicó en el Diario Oficial (DOUE) un aviso a los importadores (DO 2010, C 132, p. 15), advirtiendo de posibles irregularidades en las importaciones de atún procedente de Colombia y El Salvador. Sin embargo, el aviso de la Comisión no se refería

¹ La aplicación del arancel preferencial se contemplaba en el Reglamento (CEE) n.º 732/2008 del Consejo, que preveía la suspensión de los derechos *ad valorem* del arancel aduanero común, en lugar de la aplicación del derecho normal del 24%, en relación con las importaciones de países participantes en el SPG.

expresamente a Ecuador, aunque indicaba, de forma general, que no podía excluirse que hubiera importaciones de otros países acogidas al sistema de preferencias arancelarias generalizadas (SPG) que no cumplieran los requisitos fijados en las normas de origen². Tras la publicación del citado aviso, la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) realizó una serie de investigaciones en Ecuador en las que, efectivamente, se concluyó que no se habían respetado las normas de origen para la aplicación del arancel preferencial³.

Como resultado de estas investigaciones⁴, las autoridades españolas iniciaron un procedimiento de recaudación *a posteriori* en relación con las importaciones controvertidas, aplicando el arancel aduanero común del 24% y reclamando a la empresa española los derechos de importación (2.094.850,62 €). La empresa solicitó a las autoridades españolas la condonación de la deuda aduanera alegando alternativamente dos causas de condonación: a) que la deuda no había sido recaudada correctamente debido a un error de las autoridades competentes o b) que la empresa se encontraba en una situación especial con respecto al resto de operadores que ejercían la misma actividad. Ambas causas de condonación estaban previstas, respectivamente, en los artículos 220.2 b) y 239 del Reglamento (CEE) n.º 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992 (en adelante, CAC) y, actualmente, se establecen, en términos similares, en los artículos 119 y 120 del Reglamento (UE) n.º 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013 (en adelante, CAU).

Las autoridades españolas solicitaron a la Comisión que determinara si concurrían las circunstancias necesarias para condonar la deuda aduanera del presente caso, ya fuera debido a un error de las autoridades competentes o por concurrir una situación especial. La Comisión consideró que la condonación de los derechos solamente estaba justificada en un importe determinado, mientras que el resto de los derechos no podían ser objeto de condonación al no concurrir ninguna de las causas alegadas (Decisión C (2014) 3007 final, de 15 de mayo de 2014, REM 03/2013). El argumento principal de la Comisión era que, a partir del 21 de mayo de 2010 (fecha de publicación del aviso a los importadores), no podía considerarse que la empresa española hubiera actuado de buena fe, ya que esta debería haber tomado todas las precauciones necesarias sobre el origen de las mercancías y la aplicación del SPG. Las autoridades españolas impugnaron ante el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) la decisión de la Comisión en la que se denegaba la condonación de una parte de los derechos de importación (art. 2 de la decisión) y solicitaron al TGUE la anulación de la misma y la condena en costas de la Comisión.

² En particular, el aviso a los importadores contenía en este punto la siguiente redacción: «no se puede excluir que haya importaciones procedentes de otros países que se acojan al sistema de preferencias generalizadas (SPG) sin cumplir los requisitos fijados en las normas de origen del SPG relativas a la acumulación de origen».

³ La OLAF constató que no se habían cumplido las normas para considerar los productos como originarios de Ecuador, pues las materias primas habían sido capturadas por buques salvadoreños y panameños sin respetar las normas relativas a la acumulación de origen (arts. 70, 72 bis y 80 del Reglamento 2454/93 de aplicación del CAC).

⁴ Los informes de la OLAF, en el ámbito interno, tienen la misma eficacia probatoria que si hubiesen sido emitidos por la Administración tributaria española. Sobre los poderes y límites de la OLAF en este tipo de investigaciones nos remitimos al trabajo de CASANA MERINO, F.: «Los informes de la OLAF en relación con los regímenes arancelarios preferenciales: su eficacia interna al liquidar los impuestos aduaneros», *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2015.

En las alegaciones presentadas ante el TGUE, la Comisión fundamentó su criterio en el artículo 220.2 b) del CAC (párrafo quinto), donde se indicaba expresamente que el deudor no podía invocar su buena fe cuando se hubiera publicado en el DOUE un aviso señalando que existían dudas fundadas en relación con la correcta aplicación del régimen preferencial por parte del país beneficiario (actualmente, art. 119.3 CAU). Según la Comisión, el deudor debería haber comprendido que el aviso también resultaba aplicable a Ecuador, aunque dicho país no se mencionara expresamente en el mismo, pues es lo que cabría esperar de un operador experimentado, como la empresa ACTEMSA, que debería haber deducido del aviso que también existían riesgos respecto de todos los países del grupo regional II en lo referente a la acumulación regional⁵. Por su parte, el Reino de España manifestó ante el TGUE que era la Comisión la que debía demostrar la falta de buena fe del deudor y alegó que el aviso no podía extenderse a aquellos países que no figurasen expresamente comprendidos en el mismo.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

La doctrina fundamental que deriva de la presente sentencia es que los avisos a los importadores, que publica la Comisión Europea en el DOUE, están sujetos a los principios generales de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima que exige el Derecho de la Unión y, por tanto, deben ser lo suficientemente claros y precisos. De lo contrario, en caso de no respetar estos principios, tales avisos no podrán impedir que los importadores aleguen legítimamente su buena fe a fin de obtener la condonación de la deuda aduanera.

De acuerdo con esta doctrina, el TGUE consideró que el aviso publicado por la Comisión Europea en el presente caso no era lo suficientemente claro al no mencionar con la necesaria precisión todos los países a los que podía afectar el mismo. Por ello, el TGUE entendió que no podía reprocharse al deudor una falta de diligencia o buena fe respecto de las importaciones procedentes de países distintos de los que se mencionaban expresamente en el aviso de la Comisión. Tal y como señaló el TGUE, un enfoque diferente reduciría la seguridad jurídica de los operadores económicos, ya que, en caso de dudas sobre el alcance de un aviso a los importadores, estos se verían forzados a aplicar siempre, aunque fuera por precaución, medidas de protección adicionales, incluso en relación con importaciones procedentes de países no identificados claramente.

En consecuencia, el TGUE estimó el recurso interpuesto por el Reino España y decidió anular la Decisión de la Comisión Europea en la parte que denegaba la condonación de los derechos de importación a la empresa española (art. 2). El TGUE también condenó a la Comisión

⁵ El artículo 72.3, letra b), del Reglamento n.º 2454/93 de aplicación del CAC, indicaba que, a efectos de la aplicación de la acumulación regional, el grupo II se componía de los siguientes países: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela (véase, actualmente, art. 55.1, letra b), del Reglamento Delegado (UE) 2015/2446 de la Comisión de 28 de julio de 2015).

al pago de las costas. En el presente caso, la consecuencia de todo ello es la condonación de los derechos de importación en favor de la empresa ACTEMSA, SA, por entender que concurren los requisitos necesarios para condonar la deuda aduanera debido a un error de las autoridades competentes (art. 220.2 b) CAC).

3. COMENTARIO CRÍTICO

3.1. LA CONDONACIÓN O DEVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE IMPORTACIÓN Y LA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA EN EL PROCEDIMIENTO

El CAU ha refundido las causas de devolución o condonación que figuraban en el CAC y las ha delimitado y estructurado de forma más clara (arts. 116-123 CAU y 235-242 CAC). En el presente caso, se invocan dos causas para obtener la condonación de la deuda aduanera:

- Error de las autoridades competentes (arts. 119 CAU y 220.2 b) CAC). En este caso procede la condonación cuando, como consecuencia de un error cometido por las autoridades competentes, el importe correspondiente a la deuda aduanera notificada inicialmente sea inferior al importe exigible, siempre que se cumplan dos condiciones: a) que el deudor no haya podido detectar razonablemente dicho error y b) que el deudor haya actuado de buena fe.
- Situación especial o cláusula general de equidad (arts. 120 CAU y 239 CAC). La condonación queda condicionada a los supuestos en los que la deuda aduanera haya nacido en circunstancias especiales, en las que no quepa atribuir al deudor ningún intento de fraude ni negligencia manifiesta.

El TGUE concluye que se cumplen los requisitos para apreciar la condonación debido a la primera de las causas mencionadas (error de las autoridades competentes), por lo que la sentencia ya no entra a analizar la segunda causa de condonación (situación especial). De todos modos, debemos señalar que ambas causas se rigen por criterios similares. Por un lado, existe un requisito previo que es la ausencia de fraude del deudor, esto es, en ningún caso se concede la devolución o condonación cuando la situación que haya dado lugar a la notificación de la deuda aduanera sea consecuencia de un acto fraudulento del deudor (arts. 116.5 CAU y 236.1 CAC). Por otro lado, la devolución o condonación solo pueden concederse conforme a determinados requisitos y en los casos previstos específicamente, por lo que sus disposiciones deben interpretarse en sentido estricto al tratarse de una excepción al régimen normal de las importaciones⁶. Por tanto, la devo-

⁶ Auto del TJCE de 1 de octubre de 2009, *Agrar-Invest-Tatschl/Comisión*, C-552/08 P, apdo. 53 (NFJ066481).

lución o condonación de la deuda aduanera puede configurarse como una excepción a la facultad de las autoridades aduaneras de proceder a la denominada contracción *a posteriori*⁷.

La normativa aduanera establece expresamente la obligación de contraer *a posteriori* una deuda aduanera cuando la misma no haya sido objeto de contracción o esta se haya efectuado a un nivel inferior al importe exigible (arts. 105.4 CAU y 220.1 CAC). De acuerdo con las categorías de nuestro derecho interno, podríamos afirmar que las autoridades aduaneras están obligadas a realizar una liquidación *a posteriori* en aquellos supuestos en los que no se hubiera realizado en su momento la oportuna liquidación o esta se hubiera practicado por un importe inferior al que corresponde⁸. La contracción *a posteriori* pretende, en definitiva, una regularización de la situación tributaria de los importadores y es el resultado del deber de liquidar que corresponde a las autoridades aduaneras.

De acuerdo con una importante jurisprudencia del TJUE, los procedimientos relativos a la no contracción *a posteriori* y la condonación de los derechos tienen como finalidad limitar el pago de la deuda aduanera a situaciones compatibles con el respeto del principio fundamental de la protección de la confianza legítima⁹. Por ello, en determinados casos, a fin de apreciar si concurren los requisitos necesarios para condonar una deuda aduanera, se exige la intervención de la Comisión Europea, tal y como sucede, precisamente, en los supuestos de error de las autoridades y equidad (art. 116.3 CAU). En el presente caso, las autoridades españolas consultaron a la Comisión sobre la condonación de los derechos y esta emitió la decisión controvertida que ahora se impugna ante el TGUE (Decisión C (2014) 3007 final, de 15 de mayo de 2014, REM 03/2013), en la que se denegó la condonación de una parte de los derechos de importación (los devengados tras la publicación del aviso). Esta decisión constituye el objeto del presente recurso, que, curiosamente, ha sido planteado a instancia de las propias autoridades españolas, ya que el Reino de España interviene como parte demandante (*España/Comisión*).

Con respecto a la decisión de la Comisión, debemos comentar dos cuestiones sobre las que se sustancia el presente asunto. En primer lugar, la Comisión se pronunció sobre la causa de condonación relativa al error de las autoridades competentes (art. 220.2 b) CAC), señalando que, a fin de determinar si el deudor podía razonablemente haber detectado dicho error, debían analizarse varios factores, tales como la naturaleza del error, la experiencia profesional o la diligencia del deudor. En cuanto a la naturaleza del error, la Comisión estimó que la repetición del error, resultante del hecho de que las autoridades ecuatorianas hubieran expedido erróneamente certificados de origen «modelo A» durante un largo periodo, abogaba en favor de la buena fe

⁷ Vid. nuestro trabajo GARCÍA HEREDIA, A.: «La liquidación de los impuestos aduaneros y la protección de la confianza legítima de los importadores», *Quincena Fiscal*, núm. 17, 2014, pág. 15 (versión electrónica Aranzadi).

⁸ IBÁÑEZ MARSILLA, S.: «Las liquidaciones aduaneras posteriores al levante de las mercancías», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 129, 2006, pág. 71.

⁹ Vid., entre otras, STJCE de 20 de noviembre de 2008, *Heuschen & Schrouff Oriental Foods Trading*, C-375/07 (NFJ066472), apdo. 57, y Auto de 1 de octubre de 2009, *Agrar-Invest-Tatschl/Comisión*, C-552/08 P, apdo. 52.

del deudor, y que, en relación con las importaciones anteriores al 21 de mayo de 2010 (fecha de publicación del aviso), no era posible determinar si el deudor había podido detectar dicho error. En cuanto a la experiencia profesional, la Comisión apreció que el deudor era un operador muy experimentado, al dedicarse a la importación y exportación de productos de pesca procedentes de países de América, África y Asia Oriental. Por último, en cuanto a la diligencia del deudor, la Comisión diferenció entre las importaciones efectuadas antes y después de la fecha en la que se publicó el aviso de la Comisión (21 de mayo de 2010) y consideró que, a partir de tal fecha, el deudor debería haber tomado todas las precauciones necesarias para controlar las pruebas de origen y asegurarse de que se cumplían todas las normas relativas al SPG. Por tanto, después de la publicación del citado aviso, ya no podía considerarse que el deudor hubiera actuado de buena fe, en cambio, antes de su publicación, nada impedía dudar de la buena fe y diligencia del deudor.

Por ello, en segundo lugar, la Comisión examinó si las importaciones posteriores al aviso podían ser condonadas al amparo de una situación especial (art. 239 CAC). Sin embargo, la Comisión consideró que la empresa española no se encontraba en una situación especial en comparación con otros operadores que ejercían la misma actividad económica, tras recordar que la confianza en la validez de unos certificados de origen, que posteriormente no resultan válidos, no constituye una situación especial en el sentido de esta disposición. La Comisión consideró que tampoco se cumplía el requisito referente a la diligencia que cabía esperar de un importador experimentado, remitiéndose a las consideraciones ya efectuadas sobre la diligencia del deudor en relación con la causa de condonación relativa al error de las autoridades competentes. Por ello, al amparo de esta causa (situación especial del art. 239 CAC), la Comisión concluyó que tampoco procedía la condonación de los derechos relativos a las importaciones realizadas tras la publicación del aviso a los importadores.

Ciertamente, como se puede observar, la Comisión realiza una interpretación excesivamente restrictiva de la buena fe y concede unos efectos un tanto desorbitados a los avisos publicados en el DOUE. En este sentido, debemos recordar que, si bien las causas de condonación y devolución son generalmente objeto de una interpretación estricta, no es menos cierto que el margen de apreciación de la Comisión debe ser en tales casos limitado. El TGUE ya ha señalado que este margen de apreciación de la Comisión debe quedar limitado por «la obligación de ponderar efectivamente, por una parte, el interés de la Unión en garantizar la plena observancia de la legislación aduanera y, por otra parte, el interés del importador de buena fe en no soportar perjuicios que superen el riesgo comercial ordinario» (*Firma Van Parys/Comisión*¹⁰, apdo. 81). Las decisiones de la Comisión en materia de condonación no solo quedan vinculadas por tales márgenes, sino que también son susceptibles de impugnación y posterior revisión por parte de los tribunales europeos. En el presente caso, como analizaremos en los siguientes epígrafes, el TGUE revisa la decisión de la Comisión a la luz de varios principios fundamentales del Derecho de la Unión, como son, por un lado, el principio de buena fe de los importadores (3.2) y, por otro, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima (3.3).

¹⁰ STGUE de 19 de marzo de 2013, *Firma Van Parys/Comisión*, T-324/10 (NFJ066483).

3.2. LA BUENA FE COMO REQUISITO PARA CONDONAR UNA DEUDA ADUANERA DEBIDO A UN ERROR DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES

El error de las autoridades competentes es una causa de condonación o devolución prevista para aquellos casos en los que el importe de la deuda notificado inicialmente es inferior al importe realmente exigible, debido a un error cometido por las propias autoridades aduaneras (arts. 119 CAU y 220.2 b) CAC). De acuerdo con estos preceptos, se exige la concurrencia de dos requisitos en la actuación del deudor: a) que el deudor no haya podido detectar razonablemente el error de las autoridades competentes y b) que el deudor haya actuado de buena fe. Los problemas del presente caso se plantean en torno a este último requisito a efectos de determinar si un aviso de la Comisión puede excluir la buena fe de los importadores. En este sentido, tanto el CAC como el CAU consideran que hay buena fe cuando el deudor puede demostrar que, durante el periodo de las operaciones comerciales de que se trate, se aseguró adecuadamente de que se cumplieran todas las condiciones para el tratamiento preferencial. En cambio, no se puede alegar buena fe si la Comisión ha publicado un anuncio en el DOUE en el que se declara que existen motivos para dudar de la adecuada aplicación de los acuerdos preferenciales por el país o territorio beneficiario¹¹.

La STGUE *España/Comisión* confirma una importante jurisprudencia sobre los límites que presenta la causa de condonación o devolución relativa al error de las autoridades competentes (*vid.*, por todas, *Ilumitrónica*¹² y *Agrar-Invest-Tatschl/Comisión*¹³) y concluye que el deudor no puede invocar su buena fe cuando la Comisión haya publicado en el DOUE un aviso que ponga de manifiesto la existencia de dudas fundadas respecto de la correcta aplicación del régimen preferencial. Ahora bien, como veremos en el siguiente apartado, para que el aviso de la Comisión impida alegar la buena fe, es necesario que dicho aviso respete unas garantías mínimas de seguridad jurídica, lo cual no sucede en el presente caso. Por tanto, a fin de apreciar la buena fe de los importadores, es necesario distinguir, en primer lugar, si se ha publicado un aviso de la Comisión Europea, pues el mismo puede tener importantes efectos sobre la buena fe de los importadores; y, en segundo lugar, en caso de que no se haya publicado tal aviso (o se trate de importaciones anteriores al mismo), deberá entonces apreciarse la buena fe caso por caso, es decir, examinando las circunstancias particulares de cada deudor para determinar el nivel de diligencia que le pueda resultar exigible.

En este sentido, debemos distinguir la sentencia objeto del presente comentario de otra sentencia del TGUE que, curiosamente, es de la misma fecha y sala, y donde las partes son también las mismas (*España/Comisión*), si bien, el fallo del TGUE es diferente en cuanto a la apreciación de la buena fe. Por un lado, está la STGUE *España/Comisión* (T-548/14), objeto del presente co-

¹¹ Véanse artículos 119.3 del CAU (párrafos tercero y cuarto) y 220.2 b) del CAC (párrafos cuarto y quinto).

¹² STJCE de 14 de noviembre de 2002, *Ilumitrónica*, C-251/00 (NFJ066475).

¹³ Auto del TJCE de 1 de octubre de 2009, *Agrar-Invest-Tatschl/Comisión*, C-552/08 P, en el que se desestima la casación y se confirman los argumentos expuestos en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 8 de octubre de 2008, *Agrar-Invest-Tatschl/Comisión*, T-51/07 (NFJ066478).

mentario, relativa a las importaciones de atún procedentes de Ecuador realizadas por la empresa española ACTEMSA, SA. Por otro lado, tenemos la STGUE *España/Comisión* (T-466/14), sobre importaciones de atún procedentes de El Salvador y realizadas por varias empresas del grupo Calvo. En ambas sentencias, el TGUE aplica la doctrina sobre la buena fe a las importaciones de productos derivados del atún (conservas y lomos congelados) procedentes de Ecuador (T-548/14) y de El Salvador (T-466/14). Además, en ambos casos, las importaciones fueron realizadas por empresas españolas (ACTEMSA y Calvo) que disfrutaron inicialmente del arancel preferencial (SPG) y se les reclamó, *a posteriori*, el arancel común del 24%, por concluir que los productos no cumplían las normas de origen de los países beneficiarios. En ambos asuntos, las autoridades españolas solicitaron a la Comisión la condonación de los derechos de aduana reclamados *a posteriori* y dicha solicitud fue denegada en sendas decisiones de la Comisión (REM 03/2013 y 02/2013), que son las que se recurren ante el TGUE (T-548/14 y T-466/14, respectivamente).

No obstante, a pesar de todas estas similitudes, el fallo del TGUE fue diferente en cada caso. En la sentencia del grupo Calvo (T-466/14 [NFJ065007]), el TGUE consideró que no procedía la condonación por entender que no se habían cumplido los requisitos relativos a la buena fe y al cumplimiento de las normas de origen. En este sentido, resultó determinante el hecho de que el deudor fuera un operador altamente experimentado que operaba en distintas partes del mundo y que, por tanto, debió haber extremado sus precauciones y asegurarse del cumplimiento de todas las normas relativas al origen de las mercancías. En particular, no se habían cumplido los requisitos relativos a la tripulación de los buques o al pabellón de los mismos, requisitos necesarios para considerar el atún pescado como originario de El Salvador. Además, se daba la particularidad de que la empresa exportadora era también una empresa del grupo Calvo (al que pertenecía el deudor-importador) y que los buques atuneros pertenecían igualmente a dicho grupo, por lo que el TGUE consideró que el deudor debería haber detectado el error cometido por las autoridades salvadoreñas. A la vista de la naturaleza de las actividades del deudor y de la pertenencia de este a un grupo que opera en diferentes continentes, tanto la Comisión como el TGUE, consideraron que no se había probado suficientemente la diligencia del deudor.

En cambio, en la sentencia *España/Comisión* (T-548/14 [NFJ065006]), que se analiza en el presente trabajo, tanto la Comisión como el TGUE concluyeron que el deudor, a pesar de ser un operador experimentado, había obrado de buena fe, al menos, antes de la publicación del aviso a los importadores. Tras la publicación del aviso, la Comisión consideró que no había buena fe, mientras que el TGUE dio la razón al importador por entender que el aviso no era lo suficientemente claro, ya que solo citaba expresamente a dos países (Colombia y El Salvador). Así pues, en el siguiente epígrafe, analizaremos los requisitos que debe reunir este tipo de avisos para que puedan producir efectos sobre la buena fe de los importadores.

3.3. EL ALCANCE DE LOS AVISOS A LOS IMPORTADORES Y EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y CONFIANZA LEGÍTIMA

No es la primera vez que el TGUE analiza los efectos que produce esta clase de avisos de la Comisión en relación con la buena fe de los importadores (STGUE *Agrar-Invest-Tatschl/Comi-*

sión). En esta sentencia se excluía, con carácter general, la posibilidad de alegar la buena fe cuando se hubiera publicado un aviso a los importadores, debido al elevado nivel de seguridad jurídica que garantiza este tipo de avisos, no obstante, el TGUE también señaló que se podía matizar esta posición absoluta sobre los efectos de la buena fe en ciertos casos, por ejemplo, cuando un operador económico alegara que, tras la publicación de un aviso de este tipo pero con anterioridad a la importación, se habían tomado medidas de verificación adicionales que confirmaban el origen de la mercancía (apdos. 63-65). La sentencia *España/Comisión* conecta la mencionada doctrina *Agrar-Invest-Tatschl/Comisión*, sobre la necesidad de que los avisos a los importadores garanticen un elevado nivel de seguridad jurídica, con la doctrina general del TJUE *Salomie y Oltean*¹⁴, en la que se señala que, tanto las instituciones de la Unión como la legislación resultante de las mismas, deben respetar los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima, y que este imperativo se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias económicas, pues los interesados deben conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que se les imponen.

A la luz de esta jurisprudencia, el TGUE considera que el aviso a los importadores del presente caso no es lo suficientemente claro y preciso, pues no especifica todos los países con respecto a los cuales los importadores deben extremar sus precauciones. La consecuencia de esta falta de precisión por parte de la Comisión es clara: el aviso a los importadores solamente produce efectos sobre aquellos países que figuren claramente identificados, pero no sobre aquellos países que no puedan identificarse fácilmente, a pesar de que la Comisión tenga sobre los mismos dudas fundadas en cuanto a posibles irregularidades en la aplicación de las normas de origen. Por tanto, en relación con las importaciones procedentes de otros países beneficiarios, tales como Ecuador, el deudor puede invocar su buena fe por entender que el aviso no es lo suficientemente claro en este punto.

Tras esta sentencia, la Comisión deberá tener especial cuidado y asegurarse de que los avisos que publica son lo suficientemente claros y precisos, debiendo incluir de forma detallada todos los países sobre los que considere que existen dudas fundadas en relación con la aplicación de un régimen preferencial. Ahora bien, debemos hacer una puntualización: para cumplir los requisitos de seguridad jurídica que exige esta jurisprudencia, entendemos que no sería estrictamente necesario citar de forma expresa todos los países, pero sí, al menos, incluir una referencia precisa que permita identificarlos fácilmente y sin lugar a confusión, como hubiera sido, por ejemplo, una referencia expresa al grupo regional II y a la normativa en la que se determina dicho grupo.

Si los avisos de la Comisión no cumplen este estándar mínimo de precisión y claridad, se podrá concluir, de acuerdo con la presente doctrina *España/Comisión*, que tales avisos no respetan los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que exige el Derecho de la Unión y, por tanto, habrá que considerar cumplido el requisito de la buena fe de los importadores en las solicitudes de condonación o devolución basadas en un error de las autoridades competentes. Con ello, esta doctrina matiza el contenido del artículo 220.2 b), párrafo quinto, CAC (actual art. 119.3,

¹⁴ STJUE de 9 de julio de 2015, *Salomie y Oltean*, C-183/14 (NFJ058920).

párrafo cuarto, CAU), en el que se presume que no existe buena fe tras la publicación de un aviso a los importadores por parte de la Comisión Europea. La STGUE *España/Comisión* permite interpretar que la falta de buena fe no se impone en tales casos como una presunción *iuris et de iure*, sino que existen determinados supuestos en los cuales los citados avisos de la Comisión no impiden necesariamente alegar la buena fe de los importadores, ya sea porque los importadores han adoptado con posterioridad al aviso medidas de verificación adicionales que confirman el origen de la mercancía (*Agrar-Invest-Tatschl/Comisión*, apdos. 63-65) o, sencillamente, como sucede en el presente caso, por el hecho de que el aviso no es lo suficientemente claro y preciso en cuanto a los países beneficiarios (*España/Comisión*, apdo. 76).

De todo ello, debemos destacar dos conclusiones fundamentales en relación con los principios de buena fe y seguridad jurídica en el marco de los regímenes arancelarios preferenciales. Por un lado, el principio de buena fe resulta exigible a los importadores y requiere determinar qué grado de diligencia cabe esperar de un operador experimentado en la importación de productos amparados por un régimen preferencial, lo cual entraña una cierta subjetividad y requiere una ponderación de las circunstancias particulares de cada caso (las dos sentencias del TGUE en los asuntos *España/Comisión* son buena muestra de ello). Por otro lado, la buena fe debe conciliarse con la aplicación de determinados principios fundamentales del Derecho de la Unión, que resultan exigibles a las autoridades europeas (en este caso a la Comisión), como son los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, ya que los mismos pueden actuar como límites en la determinación del nivel de diligencia y buena fe que cabe esperar de un operador experimentado. La conexión de la buena fe con tales principios determina que los avisos de la Comisión Europea no pueden excluir, en cualquier caso y de forma automática, la posibilidad de condonar una deuda aduanera que ha sido contraída *a posteriori* debido al incumplimiento de las normas de origen que regulan un determinado régimen arancelario preferencial.

Bibliografía

CASANA MERINO, F. [2015]: «Los informes de la OLAF en relación con los regímenes arancelarios preferenciales: su eficacia interna al liquidar los impuestos aduaneros», *Quincena Fiscal*, núm. 12.

GARCÍA HEREDIA, A. [2014]: «La liquidación de los impuestos aduaneros y la protección de la confianza legítima de los importadores», *Quincena Fiscal*, núm. 17.

IBÁÑEZ MARSILLA, S. [2006]: «Las liquidaciones aduaneras posteriores al levante de las mercancías», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 129.

PELECHÁ ZOZAYA, F. [2009]: *Fiscalidad sobre el comercio exterior: el Derecho aduanero tributario*, Marcial Pons, Madrid.

EL SUJETO OBLIGADO CONTRACTUALMENTE AL PAGO DEL IIVTNU NO SE HALLA LEGITIMADO PARA IMPUGNAR ESA LIQUIDACIÓN

**Análisis de la STSJ de Andalucía de 21 de noviembre de 2016
(rec. núm. 673/2016)**

Neus Teixidor Martínez

*Abogada en Gómez de Mercado Abogados
Doctoranda en la Universidad Autónoma de Madrid*

EXTRACTO

La sentencia objeto del presente análisis considera que el sujeto que se halla contractualmente obligado al pago del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU) no ostenta legitimación procesal para impugnar la liquidación del citado impuesto. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con base en diversas sentencias del Tribunal Supremo, constata que la asunción contractual de la obligación de pago del impuesto constituye un convenio entre particulares, que únicamente tiene efectos entre ellos y, por lo tanto, es válido en el ámbito civil. En otras palabras, según la sentencia analizada, la cláusula de asunción de pago del IIVTNU por un sujeto distinto al sujeto pasivo del mismo no supone la subrogación del obligado al pago en la posición del mencionado sujeto pasivo. En consecuencia, este pacto no tiene ningún efecto ante la Administración tributaria que dicta la liquidación del IIVTNU.

1. SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada) de 21 de noviembre de 2016 (rec. núm. 673/2016 [NFJ065553]), de la que es ponente el magistrado don Federico Lázaro Guil, tiene por objeto analizar si los sujetos obligados contractualmente al pago del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (en lo sucesivo IIVTNU) se hallan legitimados para recurrir las liquidaciones del citado impuesto.

Con fecha 13 de abril de 2015, el Ayuntamiento de Cullar Vega (Granada) dictó una liquidación del IIVTNU. Concretamente, se trataba de un bien inmueble ganancial que, conforme a la escritura de liquidación de gananciales, resultó adjudicado a doña Tania. De hecho, en virtud de la citada escritura, doña Tania quedó obligada contractualmente al pago del IIVTNU devengado por la transmisión efectuada por su exesposo. Por lo tanto, en este caso concreto, el sujeto pasivo del citado impuesto no se correspondía con el obligado al pago.

La problemática que nos ocupa surge del hecho de que doña Tania, pese a no recibir la condición de sujeto pasivo, decide recurrir la liquidación notificada. En el citado recurso, pone de manifiesto que ostenta un interés legítimo, pues se halla contractualmente obligada a pagar la misma.

Una vez agotada la vía administrativa, doña Tania interpone el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Granada (PO 975/2015). Así, la Sentencia del citado Juzgado de 18 de abril de 2016 declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto contra la liquidación del IIVTNU de 13 de abril de 2015, al considerar que el sujeto obligado al pago de ese impuesto no se halla legitimado activamente para recurrir. En concreto, la sentencia de instancia concluye que «(s)in entrar a enjuiciar acerca de la legitimación de la actora, en relación con el hecho de no ser el sujeto pasivo del impuesto, la falta de legitimación activa deriva del hecho de que la actora no es quien interpone el recurso de reposición ni quien insta la certificación negativa, por lo que no puede interponer recurso contra la desestimación en vía administrativa. Ahora bien, si se entendiese como se dice en la demanda que el acto recurrido es la liquidación, el recurso sería extemporáneo toda vez que la notificación es de 29 de abril de 2015 y el recurso se interpone en fecha de 10 de diciembre de 2015».

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Contra la sentencia anteriormente mencionada, doña Tania decide interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (rec. núm. 673/2016). En el men-

cionado recurso, la recurrente sostiene que la sentencia apelada debió admitir el recurso contencioso-administrativo interpuesto, pues ella ostenta un interés legítimo propio derivado de la obligación contractual de asumir el pago del IIVTNU. Como cita la propia recurrente, esta tesis ha sido asumida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2015 (rec. núm. 155/2015 [NFJ062670]), que será objeto de análisis en el apartado siguiente.

No obstante, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada) de 21 de noviembre de 2016, que resuelve el recurso que nos ocupa, concluye que la tesis sostenida por la recurrente es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo. En este sentido, la Sala recoge diversas sentencias del Tribunal Supremo que consideran que no puede admitirse la legitimación procesal basada en el mero hecho de la asunción contractual de la obligación de pago del impuesto. Así, esa doctrina matiza que los convenios entre particulares únicamente producen efectos entre los mismos y, por lo tanto, solo pueden hacerse valer en el ámbito civil.

Concretamente, la sentencia que nos ocupa reproduce parcialmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2010 (rec. núm. 296/2005 [NFJ038990]). La citada sentencia niega la legitimación de los sujetos que asumen la carga tributaria por pacto o convenio para interponer una eventual reclamación económico-administrativa contra la liquidación de la que deriva esa carga. Así, en las relaciones tributarias, rige el denominado principio de indisponibilidad de las posiciones tributarias. Concretamente, el artículo 17.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en lo sucesivo LGT) establece que «(l)os elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas». Este precepto debe interpretarse en relación con el artículo 1.255 del Código Civil (en adelante CC) que dispone que «(l)os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». El mencionado artículo recoge el denominado principio de autonomía de la voluntad y la libertad civil de los pactos. En consecuencia, en el ámbito tributario, los citados pactos únicamente tendrán efectos entre las partes contratantes, pero no respecto de terceros (como puede ser, en este caso, la Administración tributaria). Por lo tanto, la existencia de pactos de esa naturaleza no altera la relación jurídico-tributaria existente, debiendo ser el obligado tributario el que cumpla con las obligaciones materiales y formales definidas legalmente. En otras palabras, el sujeto contractualmente obligado al pago del impuesto no puede sustituir al obligado tributario en la relación jurídico-tributaria, si bien las obligaciones derivadas de esa asunción de pago podrán hacerse valer en el ámbito civil.

Asimismo, la sentencia que nos ocupa también hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2002 (rec. núm. 3896/1997 [NFJ012565]), que contiene una argumentación similar a la de la sentencia anteriormente referenciada. En ese sentido, el Tribunal Supremo reitera que el principio de indisponibilidad de la obligación tributaria es la consecuencia obligada de su naturaleza de obligación *ex lege*. Así, en palabras de la propia sentencia, esta obligación «[...] encuentra su más inmediato reflejo en la falta de legitimación de quien asumió obligaciones de pago de tributos en virtud de pacto o convenio para interponer reclamaciones económico-administrativas sobre ellas [...]». Por ello, la Sala concluye que «[...] la Administración, pese a

la existencia de cualquier pacto "inter privados", deberá seguir exigiendo el tributo a quien sea sujeto pasivo de acuerdo con la ley y este será el constreñido a su ingreso y al cumplimiento del resto de las prestaciones materiales y formales que integran la obligación tributaria». En definitiva, un tercero que asume la obligación de pago por convenio no puede subrogarse en la posición del sujeto pasivo frente a la Administración, pero sin perjuicio de las eventuales reclamaciones civiles que puedan derivar de ese pacto.

Por todo lo expuesto, la Sala desestima el recurso de apelación interpuesto, pues considera que el sujeto contractualmente obligado al pago del IIVTNU no se halla legitimado para impugnar la liquidación del mismo. No obstante, dadas las serias dudas de derecho que plantea el caso, la desestimación se acuerda sin hacer especial pronunciamiento sobre el pago de las costas.

3. COMENTARIO CRÍTICO

En diversas ocasiones, los sujetos obligados contractualmente al pago de los tributos han intentado recurrir las liquidaciones de los mismos. En ese sentido, la tesis de la sentencia que nos ocupa es muy clara al considerar que los mencionados sujetos, al no recibir la condición de sujetos pasivos ni subrogarse en la misma, no se hallan legitimados para realizar esa impugnación.

La sentencia de instancia, no obstante, parece considerar que la falta de legitimación activa deriva del hecho de que la recurrente no fue quien interpuso el recurso de reposición contra la liquidación del IIVTNU ni tampoco quien solicitó la certificación negativa. Por lo tanto, considera que, al no existir actos en vía administrativa, la interposición del recurso contra la citada liquidación debe inadmitirse al entenderse interpuesto extemporáneamente.

Sin embargo, esa no es la tesis sostenida en la sentencia que nos ocupa y que resuelve el recurso de apelación contra la citada sentencia de instancia. Como hemos visto, la sentencia analizada considera que, en virtud de la doctrina del Tribunal Supremo relacionada con el principio de indisponibilidad de las posiciones tributarias de la LGT y el principio de autonomía de la voluntad del CC, el hecho de que el obligado al pago lo sea por disposición contractual no supone que esa cláusula le permita subrogarse en la posición del sujeto pasivo del IIVTNU. Según esa argumentación, los diversos pactos que las partes puedan realizar en relación con la asunción del pago de un tributo no afectan a la relación jurídico-tributaria. Por lo tanto, estos pactos no tienen efectos en los deberes y obligaciones que el sujeto pasivo ostenta frente a la Administración tributaria.

En contraposición con las sentencias anteriormente referenciadas, la parte recurrente basa sus pretensiones en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2015 (rec. núm. 155/2015 [NFJ062670]). La mencionada sentencia avala la legitimación activa de la persona que asume contractualmente la obligación de pagar el IIVTNU. En ese caso concreto, el comprador del bien inmueble objeto de transmisión queda obligado contractualmente a asumir su pago. De hecho, esa legitimación ya fue reconocida por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Madrid (PO 172/2013) al considerar que el obli-

gado al pago ostentaba un interés legítimo en la revisión de la legalidad del acto administrativo. No obstante, al estar disconforme con la doctrina emanada de esa sentencia, el Ayuntamiento de Ajalvir, órgano autor de la liquidación del IIVTNU, interpuso el correspondiente recurso de apelación. Concretamente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid manifiesta que «(l)a Sala no comparte que la legitimación en estos supuestos dependa del hecho del pago». Asimismo, la sentencia considera que la estipulación contractual de pago del IIVTNU no altera en absoluto la posición del sujeto pasivo ni la relación jurídico-tributaria entre el mismo y la Administración. Sin embargo, la Sala prosigue argumentando que «(a)hora bien, una cuestión es la titularidad de la relación jurídica que nace con la obligación tributaria y otra es el interés que pueda tener en la existencia, cuantía y demás elementos de esa misma obligación la parte que ha contraído con el sujeto pasivo el deber de abonar su importe. Para esta última, la anulación del acto impugnado es susceptible de producir un efecto positivo o evitar un perjuicio cierto». Por todo ello, la sentencia desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Ajalvir y considera que la asunción contractual de la obligación de pago del impuesto constituye legitimación procesal suficiente para recurrir las liquidaciones del mismo.

Debe destacarse que esta no es la primera sentencia que estima la posibilidad de que el sujeto que asume contractualmente el pago de un impuesto esté legitimado para impugnar las liquidaciones tributarias practicadas al sujeto pasivo. Lo cierto es que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha constatado reiteradamente la legitimación activa de los sujetos obligados contractualmente al pago del IIVTNU. De hecho, la sentencia anteriormente mencionada hace referencia a las Sentencias de 18 de mayo de 1998 (rec. núm. 918/1995), de 24 de abril de 2002 (rec. núm. 26/2002 [NFJ014918]) y de 16 de febrero de 2002 (rec. núm. 2286/1997 [NFJ012584]).

Todas estas sentencias toman en consideración el criterio establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo número 9949/1987, de 13 de marzo (NFJ061864) que razona que, pese a los pactos que puedan formalizarse al respecto, la posición del contribuyente no se verá alterada por los mismos. No obstante, la sentencia prosigue exponiendo que esa conclusión no puede trasladarse al plano procesal para negar la legitimación de los obligados contractualmente al pago para impugnar las correspondientes liquidaciones tributarias. En consecuencia, la sentencia admite la legitimación del sujeto obligado al pago para recurrir esas liquidaciones. Sin embargo, la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2002 (rec. núm. 3896/1997), anteriormente mencionada, considera que esta Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1987 no es representativa de ningún criterio jurisprudencial, pues se trata de una única sentencia y esa interpretación ha sido rechazada por una reiterada doctrina del Tribunal Supremo (con cita a las Sentencias de 2, 25 y 26 de junio de 2001, recs. núms. 1735/1996 [NFJ011288], 3856/1996 [NFJ011271] y 3864/1996 [NFJ066364]).

Siguiendo la línea de estas últimas sentencias, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2012 (rec. núm. 4939/2008 [NFJ046323]), respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados, concluye que «[...] no puede alterarse la condición del obligado tributario y asumir dicha condición un tercero no previsto por la norma tributaria, de forma que los convenios entre particulares sobre tal cuestión solo producirán efectos entre ellos mismos, pudiendo hacerlas valer

en el ámbito civil, pero no frente a la Administración tributaria, que podrá exigir el pago del tributo tan solo a quien determina la norma legal». Por ello, el Tribunal Supremo niega el reconocimiento de la legitimidad para recurrir esa liquidación del sujeto contractualmente obligado al pago.

Asimismo, otra sentencia interesante es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada) de 17 de marzo de 2003 (rec. núm. 5190/1997 [NFJ066365]). Si bien esta sentencia no se ocupa de la legitimación del obligado al pago del IIVTNU, trata la consideración de sujeto pasivo en aquellos supuestos en los que se ha producido la asunción de pago del mismo por un sujeto diferente al obligado tributario. En este caso, pese a probarse que el sujeto comprador asumió el pago del IIVTNU, se reitera que el citado pacto carece de efectos en relación con la obligación tributaria, por lo que, a efectos tributarios, el sujeto pasivo del impuesto sigue siendo el transmitente. Como se ha expuesto anteriormente, existe una reiterada jurisprudencia que avala que los pactos o convenios entre particulares no tienen efectos ante la Administración tributaria (con cita a las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1989 y 6 de abril de 1994).

A efectos del IIVTNU, debemos tener presente que, según el artículo 106.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, el sujeto pasivo del impuesto es el adquirente del terreno en transmisiones a título lucrativo o el transmitente en transmisiones a título oneroso. En virtud de las sentencias anteriormente comentadas, parece indiscutible que esa consideración de sujeto pasivo no puede verse alterada por ningún pacto entre particulares. De hecho, pese a existir esos pactos, parece que no puede entenderse que en ningún momento se produzca una subrogación en la posición del sujeto pasivo. Todo ello, debido al ya referenciado artículo 17.5 de la LGT que considera que los elementos de la obligación tributaria no pueden verse alterados por pactos entre particulares, pues se trata de una obligación indisponible (art. 18 de la LGT).

En definitiva, la problemática parece derivar de si los sujetos obligados al pago, pese a no recibir esa consideración de sujetos pasivos ni subrogarse en la misma, se hallan legitimados para recurrir las liquidaciones de las que derivan las cuotas tributarias que asumen. Como hemos visto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha admitido la existencia de un interés legítimo de la persona obligada al pago, por lo que entiende que existe esa legitimación. Sin embargo, la sentencia objeto del presente análisis considera que los pactos o convenios respecto del pago del impuesto se realizan en virtud del principio de la voluntad de las partes (art. 1.255 del CC). Por lo tanto, estos pactos no tienen efectos en los deberes y obligaciones que el sujeto pasivo ostenta frente a la Administración tributaria. En otras palabras, estos pactos no tienen ningún efecto en el ámbito tributario y, por ende, no suponen legitimación alguna para el sujeto que asume contractualmente el pago del impuesto. Sin embargo, la mencionada sentencia considera que las controversias que pudiesen derivar de las obligaciones asumidas en virtud de esos pactos o contratos pueden hacerse valer ante la jurisdicción civil.

**LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES 2016.
RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPRESAS DE REDUCIDA DIMENSIÓN.
VALORACIÓN Y REGISTRO DEL GASTO –INGRESO–
DEVENGADO POR EL IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS
(CASO PRÁCTICO)**

Luis A. Malvárez Pascual

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Huelva*

M. Pilar Martín Zamora

*Profesora Titular de Contabilidad.
Universidad de Huelva*

EXTRACTO

En el caso se realiza el cierre contable del ejercicio 2016, haciendo especial hincapié en el efecto impositivo de transacciones reconocidas directamente en una partida de patrimonio neto, así como la liquidación del impuesto sobre sociedades correspondiente a dicho periodo impositivo. Además, se estudian con especial atención diversas operaciones que pueden tener un tratamiento diferente en el ámbito contable y fiscal, analizándose, entre otras, las siguientes situaciones: los cambios de criterios contables o la corrección de errores en dicho ámbito y sus consecuencias a efectos tributarios, los ingresos derivados de las quitas y esperas de deudores en concurso de acreedores, las aportaciones de socios para compensación de pérdidas, las pérdidas por deterioros, tanto relativas a activos amortizables como a elementos con vida útil indefinida, diversos casos en los que resulta de aplicación el principio de inscripción contable, las consecuencias a efectos tributarios de un acta de la inspección de trabajo donde se acredita la existencia de varios trabajadores que tienen la consideración de «falso autónomo» o la entrega de acciones liberadas. En todos estos casos se analizan las reglas contables y fiscales, así como la necesidad o no de ajuste en la liquidación del impuesto.

Palabras clave: liquidación del impuesto sobre sociedades, caso práctico, ejercicio 2016, régimen especial de empresas de reducida dimensión y cierre contable del ejercicio 2016.

ENUNCIADO

Imagina, SA, empresa dedicada a la fabricación y venta de componentes electrónicos y cuyo ejercicio económico coincide con el año natural, tiene la consideración contable de pequeña y mediana empresa (pyme) y, por ello, emplea en la formulación de sus estados contables el Plan General de Contabilidad para este tipo de entidades (en adelante, PGC-Pymes). Esta entidad, desde su creación, ha cumplido los requisitos para ser considerada empresa de reducida dimensión, por lo que aplica los incentivos fiscales propios de dicho régimen.

A efectos de la valoración y registro del gasto (ingreso) devengado por el impuesto sobre beneficios durante el ejercicio 2016, se suministra la siguiente información:

1. Resultado contable antes de impuestos

La cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2016, tras la realización de las operaciones de regularización y con carácter previo al registro del gasto (ingreso) por impuesto sobre beneficios, mostraba un beneficio de 214.520 euros.

2. Operaciones realizadas en el ejercicio 2016

A lo largo del ejercicio 2016, Imagina, SA ha llevado a cabo las operaciones que se detallan seguidamente que deben ser objeto de análisis desde el punto de vista contable y fiscal pues su tratamiento puede diferir en los ámbitos señalados, ocasionando en su caso la realización de ajustes para la determinación de la base imponible del impuesto sobre sociedades (en adelante, IS).

a) Venta de acciones

En mayo de 2014, con la intención de obtener ganancias en el corto plazo, se adquirieron 10.000 acciones de Sacyr, SA de 1 euro de valor nominal al 454%. Como consecuencia de la compra, Imagina, SA satisfizo 400 euros en concepto de comisiones. Estos títulos se han mantenido hasta el 1 de marzo de 2016, fecha en que Imagina, SA advirtió que las acciones lucían en libros por el importe pagado por las mismas, no habiendo procedido a su valoración al cierre del ejercicio según su valor razonable y haber incluido en su valoración inicial los costes de la transacción. Por esta razón, antes del registro de la venta, se llevó a cabo la subsanación de los errores de acuerdo con la siguiente información:

Fecha	Cotización
31-12-2014	181 %
31-12-2015	286 %

El 1 de marzo de 2016 las acciones de Sacyr, SA fueron vendidas a un cambio del 169%, soportando Imagina, SA unos gastos de 300 euros.

b) *Deterioro de valor de créditos comerciales*

Imagina, SA venía determinando el riesgo de fallidos mediante el sistema de estimación global, aplicando un porcentaje del 1% sobre los saldos de clientes y deudores al cierre de cada ejercicio económico, al entender que su importe, individualmente considerado, no era significativo. En este sentido, al cierre del ejercicio 2015, en balance lucían créditos sobre clientes valorados según su coste amortizado y correcciones valorativas por el importe siguiente:

Código	Título	Valor en libros
430	Clientes (cliente A)	102.469,51
4310	Efectos comerciales en cartera (cliente B)	306.411,53
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales	4.088,81

Sin embargo, al inicio del ejercicio 2016, tras juzgar que el criterio que se venía aplicando no representaba la imagen fiel de los créditos comerciales, Imagina, SA decidió pasar al sistema individualizado de seguimiento de saldos de clientes y deudores para cifrar el importe de las correcciones valorativas de dichos derechos de cobro. A tal efecto, en relación con dichos créditos, se disponía de la siguiente información:

- Al cliente A, el 1 de julio de 2015, se le vendió una partida de mercaderías valorada en 100.000 euros incluyéndose en factura intereses de 3.727,04 euros al fijarse el vencimiento de la operación a nueve meses. Al cierre del ejercicio 2015, este cliente se puso en contacto con Imagina, SA para hacerle saber que las dificultades financieras que atravesaba le impedirían atender el pago en la fecha convenida. No obstante, se comprometió a satisfacer la totalidad de la deuda seis meses más tarde del vencimiento fijado. El 1 de octubre de 2016, el cliente atendió, mediante transferencia bancaria, el importe adeudado.
- El 1 de octubre de 2015 se entregaron mercaderías al cliente B valoradas en 300.000 euros habiéndose acordado con el cliente la liquidación de la operación mediante dos pagos de 150.000 y 170.000 euros a realizar a los seis y doce meses contados desde la entrega, respectivamente. Al cierre del ejercicio 2015, el cliente solicitó un cambio en las condiciones de pago aceptando un efecto de 320.000 euros de nominal y vencimiento el 30 de septiembre de 2016. Llegado el vencimiento del efecto, este no fue atendido por el librado. Imagina, SA, que soportó gastos derivados del impago por una cuantía de 3.500 euros, pactó con el cliente la emisión de un nuevo efecto en sustitución del anterior cuyo nominal incorporaba, además de los gastos ocasionados, intereses de 11.000 euros al fijarse su vencimiento a seis meses.

c) *Valoración de existencias*

Imagina, SA, desde su constitución, venía utilizando para la valoración de sus inventarios de condensadores el criterio FIFO. Sin embargo, a partir del ejercicio 2016, se decidió aplicar el criterio del precio medio ponderado al considerar que, además de abaratar los costes de administración, expresaba mejor la imagen fiel de las existencias. A tal fin, se ha reconstruido, para los ejercicios 2014 y 2015, el valor de las existencias de condensadores como se indica seguidamente:

Fecha	Valor contable de los condensadores	
	FIFO	Precio medio ponderado
31-12-2014	40.000	50.000
31-12-2015	30.000	40.000

Al cierre del ejercicio 2015, el valor neto realizable de las existencias de condensadores en almacén era de 38.000 euros.

d) *Convenio de acreedores*

Imagina, SA, durante los ejercicios 2014 y 2015, estuvo en situación concursal. A comienzos de octubre de 2015, aceptó el plan de viabilidad en convenio de acreedores que fue aprobado judicialmente. Entre las deudas, existía una con trato singular aprobado por el conjunto de acreedores con el siguiente detalle:

- Deuda vencida con una entidad de crédito con un coste amortizado de 500.000 euros (capital de 400.000 € e intereses de 100.000 €), cuyo tipo de interés efectivo fue del 5% y que lucía en libros como sigue:

Código	Título	Valor en libros
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	400.000
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	100.000

- La entidad financiera aceptó una quita del 10% y el siguiente calendario de pagos:

1. Pago a realizar con fecha 1 de octubre de 2016: 100.000 euros.
2. Pago a realizar con fecha 1 de octubre de 2017: 150.000 euros.
3. Pago a realizar con fecha 1 de octubre de 2018: 200.000 euros.

El tipo de interés incremental de la deuda para Imagina, SA, en la fecha de aprobación judicial del plan de viabilidad, se estimó en un 7% anual.

e) *Aportaciones de socios para compensación de pérdidas*

A comienzos del ejercicio 2016, el patrimonio neto de Imagina, SA presentaba la siguiente configuración:

I. Capital	60.000
III. Reservas	80.000
V. Resultados de ejercicios anteriores	-180.000
VII. Resultado del ejercicio	-40.000
Patrimonio neto	-80.000

El capital social de Imagina, SA está formado por 10.000 acciones de 6 euros de valor nominal, suscritas por tres accionistas con idéntica participación en la sociedad.

En febrero de 2016, se reunieron los accionistas en junta general donde se adoptó el acuerdo de llevar a cabo una aportación a fondo perdido para restablecer el equilibrio patrimonial. A tal efecto, el 1 de marzo, cada uno de los accionistas ingresó en la cuenta bancaria de la sociedad una cuantía de 30.000 euros.

f) *Correcciones valorativas del activo no corriente*

Imagina, SA facilita la siguiente información relativa a elementos del activo no corriente:

- Desde principios de 2011, Imagina, SA contaba con un solar registrado como inversión inmobiliaria cuya valoración inicial fue de 240.000 euros. Sin embargo, su valor en libros era de 180.000 euros al haberse reconocido en 2015 un deterioro de valor por un importe de 60.000 euros, como consecuencia de la caída del importe recuperable del activo en el periodo 2012-2015 como sigue:

Ejercicio	Importe recuperable
2012	225.000
2013	210.000
	.../...

Ejercicio	Importe recuperable
.../...	
2014	195.000
2015	180.000

El 7 de noviembre de 2016 este elemento patrimonial fue vendido al contado por un total de 150.000 euros (IVA del 21 % no incluido).

- El 1 de julio de 2013 Imagina, SA adquirió una máquina valorada en 175.000 euros. A efectos de reconocer contablemente la depreciación de este activo, la empresa se decantó por el método lineal de acuerdo con una vida útil estimada de diez años y valor residual nulo. Al cierre del ejercicio 2015, ante dudas sobre el rendimiento técnico de este activo, Imagina, SA llevó a cabo un test de deterioro poniéndose de manifiesto que el importe recuperable del elemento ascendía a 105.000 euros. Al cierre del ejercicio 2016, la máquina no ha recuperado el valor perdido en el periodo anterior.
- Con fecha 1 de abril de 2016, para el transporte del material, Imagina, SA adquirió por un total de 10.000 euros una furgoneta usada. Para la amortización de este activo, la empresa se decantó por el método lineal de acuerdo con una vida útil de cuatro años y valor residual nulo. Desde el punto de vista fiscal, Imagina, SA pretende deducir la cuantía máxima permitida. A tal efecto, se conoce que el precio originario de adquisición de este bien fue de 30.000 euros en 2011.
- El 1 de abril de 2016 Imagina, SA adquirió un elemento de transporte interno valorado en 25.000 euros. Para la amortización de este activo, la empresa decidió aplicar el coeficiente máximo de amortización establecido en tablas, esto es, del 10% anual. Fiscalmente, Imagina, SA pretende deducir la máxima cantidad permitida.

g) Regularización de cuotas de la Seguridad Social

Durante 2016 Imagina, SA ha sido objeto de un procedimiento por parte de la inspección de trabajo como consecuencia de la denuncia interpuesta por una persona que estaba vinculada a la empresa a través de un contrato de arrendamiento de servicios desde 2013 y que acudió a dicho órgano al considerar que su situación encajaba en la figura del «falso autónomo»¹. El tra-

¹ La contratación de personas que realizan un trabajo estructural de la empresa a través de un contrato de arrendamiento de servicios es una práctica muy extendida. Se trata de la figura conocida con el nombre de *falso autónomo*, pues realmente se dan todas las características propias de una relación laboral. Este método da lugar a un fraude en diferentes ámbitos. En materia laboral, supone la privación de la mayoría de los derechos que corresponde a los trabajadores. En el ámbito de la Seguridad Social, es el propio trabajador quien debe darse de alta en el RETA, por lo que el empresario,

bajador, además, denunció que en la misma situación se encontraban otros tres trabajadores más de la compañía. Poco después de iniciarse el procedimiento de inspección, la empresa decidió rescindir el contrato del trabajador denunciante, por lo que este se vio obligado a acudir a la jurisdicción laboral para reclamar la correspondiente indemnización por despido improcedente.

A lo largo del procedimiento se puso de manifiesto que las cuatro personas señaladas en la denuncia mantenían en la realidad una relación laboral, al darse todos los requisitos propios del contrato de trabajo. Estos cuatro trabajadores fueron contratados en fechas diversas entre los años 2013 y 2014. Como consecuencia de estos antecedentes, la inspección de trabajo consideró la existencia de una relación laboral desde el inicio de la vigencia de cada uno de los referidos contratos. En total, la empresa debía pagar por las cuotas atrasadas de la Seguridad Social un importe de 43.656,47 euros, de acuerdo con la siguiente liquidación:

2016	2015	2014	2013	Total
9.260	13.932,48	12.596,45	7.867,54	43.656,47

Además se le ha girado un recargo del 20% de las cantidades liquidadas por importe de 8.731,29 euros. Asimismo, Imagina, SA ha debido satisfacer una liquidación de intereses de demora por una cuantía de 1.659,69 euros, de los que 239 euros se han devengado en el ejercicio 2016 y el resto en periodos anteriores.

Por otra parte, la inspección de trabajo consideró que, como consecuencia de los hechos anteriores, se había cometido la infracción grave que se tipifica en el artículo 22.2 de la LISOS², en la medida en que los cuatro trabajadores no habían sido dados de alta en el RGSS desde el inicio de la relación contractual³. La sanción que correspondió, al imponerse en su grado mínimo, fue de 3.126 euros por cada trabajador no dado de alta⁴. Además, dado que en la misma actuación inspectora se detectaron a cuatro trabajadores, la sanción se incrementó en un 40%⁵. Por tanto, la sanción que se impuso a Imagina, SA ascendió a 17.505,5 euros.

además de no haber dado de alta al trabajador en la Seguridad Social, tampoco habrá abonado las cuotas que corresponden por el régimen general (en adelante, RGSS).

² En este caso, se cometería una infracción grave tipificada en el artículo 22.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (en adelante, LISOS), consistente en «no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

³ Sin embargo, la inspección no consideró que hubiera lugar a la sanción consistente en un porcentaje sobre las cuotas de la Seguridad Social dejadas de ingresar.

⁴ La sanción que corresponde a esta conducta se tipifica en el artículo 40.1 e).1 de la LISOS. En concreto, se sanciona con una multa, por cada trabajador afectado, de 3.126 a 6.250 euros, en su grado mínimo; 6.251 a 8.000 euros, en su grado medio; y 8.001 a 10.000 euros, en su grado máximo.

⁵ A estos efectos, el párrafo final del artículo 40.1 e) de la LISOS determina que «no obstante, cuando con ocasión de una misma actuación de inspección se detecten varias infracciones de las contempladas en este apartado, la sanción que en su

En resumen, como consecuencia de estos hechos, el 31 de julio de 2016, la empresa ha debido satisfacer las siguientes cantidades:

Liquidación de las cuotas no satisfechas	43.656,47
Recargos	8.731,29
Intereses de demora	1.659,69
Sanciones	17.505,5

Finalmente, en la medida en que el juicio sobre el despido del trabajador no se ha resuelto, pero Imagina, SA considera previsible que vaya a ser condenada a pagar a este una indemnización, tras la calificación de la relación como laboral por la inspección de trabajo, dota la correspondiente provisión. A tal efecto, la misma se determina en el importe estimado de dicha indemnización, que podría alcanzar, según los cálculos de la empresa, a una cantidad próxima a 7.350 euros. Asimismo, se ha realizado una estimación de las costas procesales y de abogado y procurador en que probablemente se incurra por un total de 2.000 euros.

h) Ingresos financieros por dividendos en especie

El 1 de abril de 2016 Imagina, SA, con la intención de obtener ganancias en el corto plazo, adquirió un paquete de 10.000 acciones de 2 euros de valor nominal de Ferrovial, SA por un total de 30.000 euros, satisfaciendo 400 euros en concepto de costes de transacción.

El 30 de junio de 2016, Ferrovial, SA, en junta general de accionistas, adoptó el acuerdo de repartir un dividendo de 1 euro por acción ofreciendo a los accionistas la posibilidad de adquirir nuevas acciones totalmente liberadas con los mismos derechos que las antiguas, de acuerdo con una relación de canje de una acción nueva por cada 20 antiguas. En esta fecha, cuando las acciones de Ferrovial, SA cotizaban al 200%, Imagina, SA aceptó las acciones liberadas en el cobro del dividendo.

Al cierre del ejercicio 2016, las acciones de Ferrovial, SA cotizaban al 170%.

i) Contrato de renting

Imagina, SA, con fecha 1 de enero de 2016, firmó un contrato de *renting* para la utilización de un vehículo ajustado a las siguientes condiciones:

caso se proponga para cada una de ellas, graduada conforme a los criterios contenidos en el artículo 39.2 que procedan, se incrementará en [...] un 40% en cada infracción cuando se trate de cuatro trabajadores, beneficiarios o solicitantes».

- Cuota anual pospagable (IVA del 21 % no incluido): 10.000 euros. La cuota incluye el mantenimiento del vehículo, un seguro a todo riesgo y el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica.
- Duración del contrato: 4 años.

El valor razonable del vehículo en la fecha de firma del contrato, según factura proforma del concesionario, era de 37.500 euros. El tipo de interés de mercado en esta fecha era del 4,5% anual.

Imagina, SA ha decidido amortizar este activo según el método lineal a razón del 10% anual y valor residual nulo.

3. Otra información de carácter fiscal

a) Bases imponibles negativas de ejercicios anteriores

Imagina, SA tiene bases imponibles pendientes de compensar producidas en periodos anteriores cuyo detalle es el siguiente:

Periodo	Base imponible negativa
2012	220.000
2013	180.500
2014	160.200
2015	140.600
Total	701.300

b) Deducciones generadas

Durante el periodo impositivo se ha producido la contratación de dos personas con discapacidad, una con un 65% y otra con un 35%, siendo los primeros trabajadores con discapacidad que contrata la empresa.

c) Retenciones y pagos a cuenta

A lo largo del periodo impositivo no ha tenido que realizar pagos fraccionados, en la medida en que en el periodo anterior la base imponible fue negativa y aplica a tal efecto el método previsto en el artículo 40.2 de la LIS. Tampoco ha sido objeto de retenciones por ningún concepto.

d) Tipo impositivo

Imagina, SA tributa al tipo general del 25%.

4. Otra información contable sobre la situación fiscal

Imagina, SA, en aplicación de la normativa contable vigente, no reconoció los activos por impuesto diferido que se presentaron en los ejercicios 2012, 2013 y 2014 por considerar que no era probable la obtención de ganancias fiscales futuras que permitieran su recuperación. No obstante, en el ejercicio 2015, como consecuencia del reconocimiento de un pasivo por impuesto diferido derivado de la aprobación judicial del convenio de acreedores, afloraron ciertos activos por impuesto diferido no registrados en periodos anteriores hasta la cuantía del pasivo reconocido.

Las estimaciones realizadas por Imagina, SA, al cierre del ejercicio 2016, para los próximos años conducen a considerar, de acuerdo con la realidad del mercado y las especificidades de la entidad, que se presentarán ganancias fiscales futuras en cuantía suficiente que permitirán la recuperación de los activos por impuesto diferido no reconocidos contablemente así como aquellos que surjan en el ejercicio actual y periodos posteriores.

SOLUCIÓN

1. DELIMITACIÓN DE LOS AJUSTES A PRACTICAR SOBRE EL RESULTADO CONTABLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE

1.1. VENTA DE ACCIONES

A efectos de su valoración, los activos financieros adquiridos con el propósito de venta en el corto plazo, de acuerdo con el apartado 2.2 de la norma de registro y valoración (en adelante, NRV) 8.^a del PGC-Pymes, formarán parte de la cartera de «activos financieros mantenidos para negociar» cuya valoración inicial vendrá dada por el coste, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada, reconociéndose en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio los costes de transacción directamente atribuibles a la adquisición. En cuanto a su valoración posterior, estos títulos lucirán en balance por su valor razonable sin deducir los costes de transacción en que se pudiera incurrir en caso de venta, imputándose a resultados del ejercicio los cambios que se produzcan en el valor razonable.

Según los registros contables, Imagina, SA cometió tres errores en el tratamiento contable de las acciones de Sacyr, SA. De acuerdo con la NRV 21.^a del PGC-Pymes, «se entiende por

errores las omisiones o inexactitudes en las cuentas de ejercicios anteriores por no haber utilizado, o no haberlo hecho adecuadamente, información fiable que estaba disponible cuando se formularon y que la empresa podría haber obtenido y tenido en cuenta en la formulación de dichas cuentas». Así, en primer término, se incorporaron los costes ocasionados como consecuencia de la compra como mayor valor inicial de los títulos, cuando habría de haber reconocido un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2014. Por otra parte, no se practicó, al cierre de los ejercicios 2014 y 2015, el ajuste de los títulos a su valor razonable y, consecuentemente, no reconoció un gasto en 2014 dado que la cotización a 31 de diciembre era inferior al coste de adquisición, ni un ingreso en 2015 cuando los títulos habían incrementado su cotización respecto al cierre del ejercicio 2014.

Para la subsanación de los errores, en aplicación de la NRV 21.^a del PGC-Pymes, se seguirán las reglas establecidas para los cambios de criterios contables. Por tanto, en el ejercicio en que se advierta el error, el ingreso o gasto correspondiente a ejercicios anteriores motivará un ajuste por el efecto acumulado en los activos y pasivos implicados, imputándose «directamente en el patrimonio neto, en concreto en una partida de reservas, salvo que afectara a un gasto o un ingreso que se imputó en los ejercicios previos directamente en otra partida del patrimonio neto». En consecuencia, Imagina, SA, en la corrección de los errores, habrá llevado a cabo las siguientes anotaciones contables:

- Por la corrección de la valoración inicial de los títulos:

Código	Título	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	400	
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio		400

- Por la corrección de la valoración posterior al cierre del ejercicio 2014

– Valor razonable (31-12-2014) (10.000 × 1 × 1,81)	18.100
– Valor en libros (10.000 × 1 × 4,54)	45.400
– Disminución de valor razonable	27.300

Código	Título	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	27.300	
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio		27.300

- Por la corrección de la valoración posterior al cierre del ejercicio 2015:

– Valor razonable (31-12-2015) (10.000 × 1 × 2,86)	28.600
– Valor en libros (10.000 × 1 × 1,81)	18.100
– Aumento en el valor razonable.....	10.500

Código	Título	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio	10.500	
113	Reservas voluntarias		10.500

Por otra parte, corregidos los errores, en la venta de acciones se han producido unas pérdidas de 1.200 euros, como se indica seguidamente:

Precio de venta (10.000 × 1 × 1,69)	16.900
– Costes de venta	–300
= Precio de venta neto de costes	16.600
– Valor en libros de los títulos	–28.600
= Resultado (pérdidas)	–12.000

Esta transacción se habrá registrado como sigue:

Código	Título	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	16.600	
666	Pérdidas en participaciones y valores representativos de deuda	12.000	
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio		28.600

Como se ha comentado, con anterioridad a la venta de las participaciones en 2016, se ha advertido la existencia de tres errores contables. El ajuste fiscal que debe realizarse en cada caso es diferente según el efecto que provoca el registro contable de la corrección de tales errores. A tal efecto, en el caso se dan dos situaciones diferentes, a saber:

La primera de ellas viene dada por el reconocimiento de gastos y pérdidas en un periodo posterior a su devengo. Normalmente, la imputación de los gastos de periodos anteriores no contabilizados se realizará en el periodo en el que se advierta el error contable a través de un cargo en una cuenta de reservas. En esta situación se encuentran los dos casos siguientes:

- a) Reconocimiento del coste de la transacción (comisiones): Se ha realizado un cargo a reservas por importe de 400 euros para reconocer un gasto que debió contabilizarse en 2014.
- b) Reconocimiento, con cargo a reservas, de la pérdida del valor de las acciones a fecha 31 de diciembre de 2014, por importe de 27.300 euros.

En estos casos, el artículo 11.3.1.º, segundo párrafo, de la LIS, determina que los gastos imputados contablemente en un periodo impositivo posterior a aquel en que proceda su imputación temporal, de acuerdo con el criterio del devengo, se deducirán en el periodo impositivo en el que se haya realizado su imputación contable. Por tanto, en el periodo 2016, una vez que se registran contablemente los gastos y pérdidas devengados en periodos anteriores, mediante un cargo en una cuenta de reservas, en la liquidación del IS se deberá realizar un ajuste negativo sobre el resultado contable a efectos de que dicho gasto se compute en la base imponible. En concreto, se realizará un ajuste negativo por importe de 27.700 euros.

La segunda situación es el reconocimiento de un ingreso en 2016 correspondiente al incremento de valor de los títulos experimentado a 31 de diciembre de 2015, una vez corregida la valoración al final del ejercicio anterior. Esto da lugar a un abono en cuentas de reservas por importe de 10.500 euros. Se trata de un ingreso que ha sido registrado contablemente en cuentas de patrimonio neto en un periodo impositivo posterior a su devengo, por lo que el criterio contable no tendría validez a efectos del IS, de acuerdo con el artículo 11.3.1.º de la LIS. En este caso no se admitiría el criterio de imputación temporal aplicado, en la medida en que el mismo daría lugar a un retraso de la tributación. Por tanto, para regularizar la situación tributaria el contribuyente deberá realizar una autoliquidación rectificativa del periodo 2015, sin que proceda realizar ajuste alguno en el periodo 2016.

1.2. DETERIORO DE VALOR DE CRÉDITOS COMERCIALES

La adopción por Imagina, SA del seguimiento individualizado de los créditos sobre clientes y deudores para fijar el riesgo de insolvencias en sustitución del sistema global supone un cambio de criterio y, a tenor de lo dispuesto en la NRV 21.ª del PGC-Pymes, «se aplicará de forma retroactiva y su efecto se calculará desde el ejercicio más antiguo para el que se disponga de información». En este sentido, será pertinente ajustar las correcciones valorativas que figuraban en balance, imputándose a patrimonio neto el gasto correspondiente al ejercicio 2015.

De acuerdo con la NRV 8.ª del PGC-Pymes, la pérdida por deterioro de valor de los créditos comerciales vendrá dada por «la diferencia entre su valor en libros y el valor actual de los flujos de efectivo que se estima van a generar, descontados al tipo de interés efectivo calculado en el momento de su reconocimiento inicial». En relación con la venta realizada al cliente A, el tipo efectivo de la operación se habrá determinado como sigue:

$$100.000 = 103.727,04 / (1 + i)^{9/12}; i = 5\% \text{ anual}$$

Así, de emplear la empresa el seguimiento individualizado de sus créditos comerciales, teniendo en cuenta que el cliente retrasó el pago de su deuda hasta el 30 de septiembre de 2016, el deterioro de valor que debería haberse reconocido hubiera sido de:

- Valor en libros del crédito (coste amortizado)..... 102.469,51
- Valor actual de flujos de efectivo esperados 100.000
[103.727,04/(1 + 0,05)^{9/12}]
- Deterioro de valor 2.469,51

Habida cuenta de que Imagina, SA tan solo registró el 1% del valor en libros del crédito contra este cliente (1.024,70 €), el ajuste a realizar al inicio del ejercicio 2016 como consecuencia del cambio de criterio será el siguiente:

Código	Título	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	1.444,81	
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales		1.444,81

Por otra parte, a lo largo de 2016, en relación con este crédito, se habrán llevado a cabo las anotaciones siguientes:

31 de marzo. Por el devengo de intereses:

Código	Título	Debe	Haber
430	Clientes (cliente A)	1.257,53	
762	Ingresos de créditos		1.257,53

$$\text{Intereses devengados (31-03-2016)} = 102.469,51 [(1 + 0,05)^{3/12} - 1] = 1.257,53 \text{ euros}$$

1 de octubre. Por el devengo de intereses:

Código	Título	Debe	Haber
430	Clientes (cliente A)	2.651,55	
762	Ingresos de créditos		2.651,55

$$\text{Intereses devengados (31-10-2016)} = 103.727,04 [(1 + 0,05)^{6/12} - 1] = 2.651,55 \text{ euros}$$

1 de octubre. Por la liquidación del derecho de cobro:

Código	Título	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	103.727,04	
650	Pérdidas de créditos comerciales incobrables	2.651,55	
430	Clientes (cliente A)		106.378,59

Pese a que el cliente salda su deuda por el importe acordado (103.727,04 €), el retraso en la percepción del flujo de efectivo provoca la aparición de una pérdida cuyo importe coincide con los intereses devengados durante el periodo de moratoria del crédito vencido.

1 de octubre. Por la reversión del deterioro reconocido:

Código	Título	Debe	Haber
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales	2.469,51	
794	Reversión del deterioro de créditos por operaciones comerciales		2.469,51

En cuanto al cliente B, el tipo de interés efectivo calculado en el momento del reconocimiento inicial del crédito es el siguiente:

$$300.000 = 150.000/(1 + i)^{6/12} + 170.000/(1 + i); i = 8,82668\% \text{ anual}$$

Tomando en consideración el cambio de condiciones producido al cierre del ejercicio 2015 consistente en la sustitución de los dos pagos previstos por un efecto con vencimiento a nueve meses, el deterioro que habría sido pertinente reconocer de aplicar la empresa el seguimiento individualizado de sus créditos comerciales sería:

- Valor en libros del crédito (coste amortizado) 306.411,53
- Valor actual de flujos de efectivo esperados 300.329,81
[320.000/(1 + 0,0882668)^{9/12}]
- Deterioro de valor 6.081,72

Puesto que Imagina, SA reconoció un deterioro del 1% del saldo del cliente (3.064,12 €), el cambio de criterio implicará la realización del siguiente ajuste:

Código	Título	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	3.017,6	
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales		3.017,6

Durante el ejercicio 2016, el impago del efecto aceptado por el cliente y la puesta en circulación de uno nuevo habrán dado lugar a los registros contables siguientes:

30 de septiembre. Por el devengo de intereses:

Código	Título	Debe	Haber
4310	Efectos comerciales en cartera (cliente B)	20.068,51	
762	Ingresos de créditos		20.068,51

$$\text{Intereses devengados (30-09-2016)} = 306.411,53 [(1 + 0,0882668)^{9/12} - 1] = 20.068,51 \text{ euros}$$

30 de septiembre. Por el impago del efecto:

Código	Título	Debe	Haber
4315	Efectos comerciales impagados (cliente B)	320.000	
436	Clientes de dudoso cobro (cliente B)	6.480,04	
4310	Efectos comerciales en cartera (cliente B)		326.480,04

30 de septiembre. Por los gastos derivados del impago:

Código	Título	Debe	Haber
626	Servicios bancarios y similares	3.500	
572	Bancos, c/c		3.500

30 de septiembre. Por la emisión de la nueva letra:

Código	Título	Debe	Haber
4310	Efectos comerciales en cartera (cliente B)	329.980,04	
4315	Efectos comerciales impagados (cliente B)		320.000
436	Clientes de dudoso cobro (cliente B)		6.480,04
75X	Otros ingresos		3.500

30 de septiembre. Por la reversión del deterioro reconocido:

Código	Título	Debe	Haber
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales	6.081,72	
794	Reversión del deterioro de créditos por operaciones comerciales		6.081,72

31 de diciembre. Por el devengo de intereses:

Código	Título	Debe	Haber
4310	Efectos comerciales en cartera (cliente B)	5.454,91	
762	Ingresos de créditos		5.454,91

$$329.980,04 = 340.980,04 / (1 + i)^{6/12}; i = 6,7781945\% \text{ anual}$$

$$\text{Intereses devengados (31-12-2016)} = 329.980,04 [(1 + 0,067781945)^{3/12} - 1] = 5.454,91 \text{ euros}$$

Desde el punto de vista fiscal, el cambio de criterio adoptado por Imagina, SA lleva a considerar tres aspectos diferentes, a saber:

- La deducción de la pérdida por deterioro por el método global de estimación de insolvencias aplicado en 2014.
- Los efectos derivados del cambio de criterio contable a principios del ejercicio 2015, al pasar del método global al individualizado.
- El tratamiento de la reversión del deterioro reconocido contablemente.

En relación con el primer punto, al tratarse de una empresa de reducida dimensión, el criterio empleado contablemente hasta el periodo impositivo 2015 es válido a efectos fiscales. En concreto, el artículo 104 de la LIS permite que las empresas de reducida dimensión puedan deducir una pérdida por deterioro estimada por el método global, permitiéndose deducir hasta el límite del 1% sobre los deudores existentes a la conclusión del periodo impositivo. No obstante, no se incluirán entre dichos deudores aquellos sobre los que se hubiere reconocido la pérdida por deterioro de los créditos por insolvencias establecidas en el artículo 13.1 de la LIS y aquellos otros cuyas pérdidas por deterioro no tengan el carácter de deducibles en virtud del citado precepto. Por tanto, la pérdida por deterioro registrada en 2015 por importe de 4.088,81 euros fue deducible fiscalmente y no hubo que hacer ajuste alguno en dicho periodo.

Al inicio del ejercicio 2016 se abandona el método global pasando al cálculo del deterioro a través del método individualizado de seguimiento de clientes y deudores. Este cambio de cri-

terio contable da lugar a un ajuste contable de las pérdidas por deterioro reconocidas en el ejercicio anterior, que se registra con cargo a reservas, por lo que no tiene incidencia en el resultado contable. No obstante, a efectos del IS, el artículo 11.3.2.º de la LIS determina que «los cargos o abonos a partidas de reservas, registrados como consecuencia de cambios de criterios contables, se integrarán en la base imponible del periodo impositivo en que los mismos se realicen». Ahora bien, para que el gasto se pueda deducir fiscalmente es preciso que se den las condiciones que establece el artículo 13.1 de la LIS para que las pérdidas por deterioro de créditos sean deducibles, lo que no ocurre en el caso planteado. Téngase en cuenta que dicho precepto remite la concurrencia de tales requisitos a la fecha del devengo del impuesto –en este caso, 31 de diciembre–, por lo que plantearía dudas si podrían referirse a la fecha en que se realiza el cambio de criterio contable. Aun así, en esa fecha tampoco se darían las condiciones necesarias para que el deterioro resulte fiscalmente deducible. En relación con el crédito del cliente A, el vencimiento de la obligación en la fecha de cierre del ejercicio era 1 de octubre de 2016. En cuanto al cliente B, el vencimiento estaba previsto para el 30 de septiembre de 2016. En consecuencia, las dotaciones realizadas como consecuencia del cambio de criterio, con cargo a reservas, no requerirán ajuste alguno pues tales deterioros no resultan deducibles fiscalmente.

En cuanto al tratamiento fiscal de la reversión de los deterioros reconocidos contablemente, respecto al cliente A, en el ejercicio 2016 se reconoce un ingreso como consecuencia de la reversión del deterioro registrado en los ejercicios 2015 y 2016. En la medida en que el gasto registrado en 2015, por importe de 1.024,7 euros, fue fiscalmente deducible, el ingreso reconocido contablemente por dicha cuantía deberá computarse también fiscalmente, por lo que no procede ajuste por esa parte. Sin embargo, deberá practicarse un ajuste negativo de 1.444,81 euros, pues el deterioro correspondiente a dicha cantidad –registrado al cambiar de criterio contable al inicio de 2016– no resultó ser deducible. Por tanto, dicho ingreso con origen en la reversión del deterioro tampoco formará parte de la base imponible.

En relación con el cliente B, en el ejercicio 2016 se produce la reversión del deterioro reconocido por una cuantía de 6.081,72 euros. De dicha cantidad, 3.064,12 euros se corresponde con el deterioro que se dotó por el sistema global en 2015 y que fue deducible en dicho periodo a efectos contables y fiscales, por lo que el ingreso correspondiente a esta parte debe tributar. Sin embargo, la parte del deterioro que se dotó al inicio de 2016, como consecuencia del cambio de un método global a un sistema individualizado, no fue deducible en dicho periodo, por lo que no tiene ningún sentido que el ingreso se incluya en la base imponible. Por ello, se deberá realizar un ajuste negativo por importe de 3.017,6 euros.

1.3. VALORACIÓN DE EXISTENCIAS

De acuerdo con la información facilitada, conforme al nuevo criterio, procederá llevar a cabo un ajuste para aumentar la valoración de las existencias iniciales de condensadores del ejercicio 2016 por una cuantía de 10.000 euros, que se traducirá en un incremento de patrimonio neto:

Código	Título	Debe	Haber
320	Elementos y conjuntos incorporables	10.000	
113	Reservas voluntarias		10.000

No obstante, dado que la nueva valoración de los condensadores (40.000 €) excedía de su valor neto realizable (38.000 €), el cambio de criterio exigirá asimismo el reconocimiento de una corrección por deterioro de las existencias, lo que dará lugar a la siguiente anotación:

Código	Título	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	2.000	
392	Deterioro de valor de otros aprovisionamientos		2.000

Como se ha analizado, los cambios de criterios contables se aplicarán de forma retroactiva y su efecto se calculará desde el ejercicio más antiguo para el que se disponga de información. En el ejercicio en que se produzca dicho cambio de criterio, el ingreso o gasto que corresponda a ejercicios anteriores motivará normalmente un cargo o un abono en una cuenta de reservas. A efectos del IS, ya se ha indicado que el artículo 11.3.2.º de la LIS establece que los cargos o abonos a partidas de reservas, registrados como consecuencia de cambios de criterios contables, se integrarán en la base imponible del periodo impositivo en que los mismos se realicen.

En el caso planteado, como consecuencia del cambio de criterio contable se ha aumentado el valor de las existencias en 8.000 euros, dado que su valor neto realizable era menor que su valor en libros y, consecuentemente, se ha reconocido una corrección valorativa por deterioro. El incremento de valor ha dado lugar a un cargo y abono en una cuenta de reservas por 2.000 y 10.000 euros, respectivamente. En la liquidación del IS de 2016, la entidad deberá realizar un ajuste positivo para computar el ingreso derivado de dicha situación por importe de 8.000 euros.

1.4. CONVENIO DE ACREEDORES

En relación con el convenio de acreedores, se ha de analizar la imputación temporal del ingreso que se produce cuando un deudor en concurso llegue a un convenio de acreedores en el que se prevean quitas y/o esperas. Debe tenerse en cuenta que a efectos contables y fiscales se aplican unos criterios diferentes, por lo que van a surgir ajustes tanto en el periodo en el que se llegue a un acuerdo con los acreedores como en los siguientes.

Desde el punto de vista contable, en la consulta 5 del BOICAC 102, de junio de 2015 (NFC055036), se establece el tratamiento contable a seguir en la aprobación judicial de un convenio de acreedores, donde no se fijan intereses sobre la deuda remanente. El Instituto de Con-

tabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante, ICAC) que ya se pronunció sobre esta operación (consulta 1, BOICAC 76 de diciembre de 2008 [NFC031498]) indica que «el efecto de la aprobación del convenio con los acreedores se reflejará en las cuentas anuales del ejercicio en que se apruebe judicialmente siempre que de forma racional se prevea su cumplimiento, y que la empresa pueda seguir aplicando el principio de empresa en funcionamiento». A tal efecto, remitiéndose a lo establecido en la NRV relativa a la baja de pasivos financieros, se dispone que el deudor, para el registro de la operación, habrá de seguir el siguiente proceso:

- En primer lugar, se analizará si se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de la deuda. Para ello, se descontarán los flujos de efectivo de la antigua deuda y de la nueva empleando el tipo de interés inicial.
- Seguidamente, siempre que las condiciones de los pasivos intercambiados sean sustancialmente diferentes, se registrará la baja de la deuda original y se reconocerá el nuevo pasivo de acuerdo con su valor razonable. Según determina el ICAC, el gasto por intereses de la nueva deuda se contabilizará, a partir de ese momento, aplicando el tipo de interés de mercado en esa fecha, esto es, el tipo incremental del deudor o tasa de interés que debería pagar en ese momento para obtener financiación en moneda y plazo equivalente a la que ha resultado de los términos en que ha sido aprobado el convenio.

En aplicación de dicha consulta, Imagina, SA, en la fecha de aprobación judicial del plan de viabilidad aceptado en convenio, tuvo que comparar las condiciones de los pasivos intercambiados como sigue:

- Valor actual de los flujos de efectivo del pasivo original 500.000 (coste amortizado)
- Valor actual de los flujos de efectivo del nuevo pasivo según el tipo de interés efectivo original 404.060,04 $[100.000/(1 + 0,05) + 150.000/(1 + 0,05)^2 + 200.000/(1 + 0,05)^3]$
- Diferencia (500.000 – 404.060,04) 95.939,96

Dado que la diferencia en el valor actual de los pasivos intercambiados (95.939,96 €) es superior al 10% del valor actual de los flujos de efectivo remanentes del pasivo financiero original (50.000 €), según lo dispuesto en la NRV 9.^a del PGC-Pymes, las condiciones de ambos pasivos son sustancialmente diferentes. En consecuencia, y según establece la misma NRV, Imagina, SA tuvo que registrar la baja del pasivo financiero original por su valor en libros (500.000 €) y reconocer la nueva deuda por su valor razonable, imputando la diferencia a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2015⁶. Siguiendo lo establecido en la consulta antes citada, para fijar el

⁶ En el caso en que los pasivos intercambiados no fueran sustancialmente diferentes, el pasivo original no causará baja del balance sino que habrá de ser ajustado en la fecha de la aprobación del convenio de acreedores según las condi-

valor razonable del nuevo pasivo, se habrá empleado el tipo de interés incremental para el deudor que, de acuerdo con la información suministrada, era del 7% anual. En consecuencia, el valor razonable del nuevo pasivo vendrá dado por:

$$\text{Valor razonable de la nueva deuda} = 100.000/(1 + 0,07) + 150.000/(1 + 0,07)^2 + 200.000/(1 + 0,07)^3 = 387.733,33 \text{ euros}$$

Por su parte, el ingreso reconocido en la cuenta de resultados habrá sido de 112.266,67 euros (500.000 – 387.733,33). Este ingreso, según determina la consulta 1 del BOICAC 76, «se mostrará en el margen financiero debiendo crear la empresa una partida específica con adecuada denominación si su importe es significativo». Así, al respecto, se propone la denominación «Ingresos financieros derivados de convenios de acreedores».

El tipo incremental para el deudor servirá, además, para determinar el gasto por intereses derivado del nuevo pasivo según se indica en la tabla siguiente:

Fecha	Intereses	Pagos	Devolución del principal	Capital pendiente
01-10-2015				387.733,33
01-10-2016	27.141,33	100.000	72.858,67	314.874,66
01-10-2017	22.041,23	150.000	127.958,77	186.915,89
01-10-2018	13.084,11	200.000	186.915,89	0

En definitiva, el 1 de octubre de 2015, con ocasión de la aprobación judicial del plan de viabilidad, Imagina, SA llevó a cabo la siguiente anotación:

Código	Título	Debe	Haber
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	400.000	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	100.000	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		72.858,67
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		314.874,66
76X	Ingresos financieros derivados de convenios de acreedores		112.266,67

ciones surgidas del mismo. De esta forma, en el supuesto de que no se establezcan intereses sobre el remanente de la deuda, el ingreso derivado de la quita y espera dará lugar a un menor tipo de interés efectivo del pasivo que implicará el reconocimiento de menores gastos por intereses hasta la liquidación del pasivo.

Al cierre del ejercicio 2015, por los intereses devengados y no vencidos, la empresa registró:

Código	Título	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	6.614,16	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		6.614,16

$$\text{Intereses devengados (31-12-2015)} = 387.733,33 [(1 + 0,07)^{3/12} - 1] = 6.614,16 \text{ euros}$$

En definitiva, contablemente en el ejercicio 2015 se imputó un ingreso por la diferencia entre el valor por el que figura en libros la deuda antigua y el valor por el que se reconoció la nueva, es decir, 112.266,67 euros. Así es en la medida en que dicho ingreso debe computarse en el ejercicio en el que se produzca la aprobación judicial del convenio, con independencia de que posteriormente se cumpla o no el calendario de pagos del resto de la deuda.

Sin embargo, el artículo 11.13 de la LIS permite atrasar la imputación de los ingresos⁷. Con buen criterio se difiere el pago del impuesto en estos casos, de tal modo que el ingreso correspondiente al registro contable de quitas y esperas se imputará en la base imponible del deudor en proporción al devengo de los gastos financieros relativos a las deudas reflejadas en el convenio de acreedores. Esta medida permite diferir el cómputo del ingreso a medida que se vayan realizando los pagos derivados del convenio. Con esta norma se trata de facilitar la viabilidad de las empresas que han podido salir de la situación de concurso mediante un acuerdo con los acreedores, de tal modo que el pago del IS en relación con el propio ingreso derivado de la firma del convenio no sea un obstáculo que impida o dificulte gravemente la continuación de la actividad del deudor concursado. Además, debe tenerse en cuenta que el ingreso imputable a cada periodo se podrá ver compensado, al menos parcialmente, con la imputación de los gastos financieros correspondientes. En el caso planteado, los gastos que se devengarán hasta la liquidación de la deuda son los siguientes:

Ejercicio	Intereses devengados
2015	6.614,16
2016	25.898,47
	.../...

⁷ El artículo 11.13 de la LIS señala lo siguiente: «El ingreso correspondiente al registro contable de quitas y esperas consecuencia de la aplicación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se imputará en la base imponible del deudor a medida que proceda registrar con posterioridad gastos financieros derivados de la misma deuda y hasta el límite del citado ingreso. No obstante, en el supuesto de que el importe del ingreso a que se refiere el párrafo anterior sea superior al importe total de gastos financieros pendientes de registrar, derivados de la misma deuda, la imputación de aquel en la base imponible se realizará proporcionalmente a los gastos financieros registrados en cada periodo impositivo respecto de los gastos financieros totales pendientes de registrar derivados de la misma deuda».

Ejercicio	Intereses devengados
.../...	
2017	19.858,44
2018	9.895,60
Total	62.266,67

Dado que la cuantía total de los gastos financieros que se devengarán en los ejercicios 2015 a 2018 es inferior al ingreso reconocido como consecuencia de la aprobación judicial del convenio, el exceso del ingreso sobre los intereses (50.000 €) se integrará en la base imponible proporcionalmente a los gastos financieros reconocidos en cada periodo como se indica seguidamente:

Ejercicio	Intereses devengados	Exceso imputable del ingreso
2015	6.614,15	5.311,15
2016	25.898,47	20.796,41
2017	19.858,44	15.946,28
2018	9.895,6	7.946,16
Total	62.266,67	50.000

En consecuencia, en la liquidación del IS del ejercicio 2015 se habrá practicado el siguiente ajuste sobre el resultado contable:

Causa del ajuste	Ajuste
Ingreso reconocido contablemente	-112.266,67
Ingreso por quitas y esperas (hasta el importe de los intereses reconocidos contablemente)	+6.614,15
Ingreso por quitas y esperas (exceso sobre el importe de los intereses)	+5.311,15
Ajuste	-100.341,37

En los periodos siguientes a la firma del convenio, se deben continuar realizando ajustes positivos, por la parte del ingreso correspondiente a las quitas y esperas que resulte imputable al periodo a efectos del IS. Concretamente, en los registros contables del ejercicio 2016 lucirán las siguientes anotaciones relacionadas con el convenio de acreedores:

1 de octubre. Por el devengo de intereses:

Código	Título	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	16.669,93	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		16.669,93

$$\text{Intereses devengados (01-10-2016)} = 320.245,96 [(1 + 0,07)^{9/12} - 1] = 16.669,93 \text{ euros}$$

1 de octubre. Por el segundo pago acordado:

Código	Título	Debe	Haber
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	150.000	
572	Bancos, c/c		150.000

31 de diciembre. Por el devengo de intereses:

Código	Título	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	3.188,51	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		3.188,51

$$\text{Intereses devengados (31-12-2016)} = 186.915,89 [(1 + 0,07)^{3/12} - 1] = 3.188,51 \text{ euros}$$

31 de diciembre. Por la reclasificación de la deuda como consecuencia del paso del tiempo:

Código	Título	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	190.104,40	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		190.104,40

En definitiva, el ajuste positivo a practicar en 2016, teniendo en cuenta las anotaciones anteriores, será el siguiente:

Causa del ajuste	Ajuste
Ingreso por quitas y esperas (hasta el importe de los intereses reconocidos contablemente)	+25.898,47
	.../...

Causa del ajuste	Ajuste
.../...	
Ingreso por quitas y esperas (exceso sobre el importe de los intereses)	+20.796,41
Ajuste	+46.694,88

Finalmente, las empresas en concurso tendrán en muchos casos reconocidas bases negativas pendientes de compensar de periodos anteriores –como ocurre en el caso planteado–, que podrán utilizar también para evitar la tributación efectiva de los señalados ingresos pues, en estos casos, no se aplica la limitación a la compensación de las bases negativas que establece el artículo 26.1 de la LIS. En concreto, el precepto establece que este límite no resulta de aplicación hasta el importe de las rentas correspondientes a quitas o esperas derivadas de un acuerdo con los acreedores del contribuyente⁸. Por tanto, hasta el importe del ingreso a efectos fiscales derivado del reconocimiento de las quitas y esperas –en 2016 se trata del ajuste positivo realizado como consecuencia de esta circunstancia–, no existe límite alguno en la compensación de las bases negativas. Además, estas rentas no se computarán a efectos del cómputo del importe de un millón de euros, cantidad que no está sujeta al límite previsto en el propio artículo 26.1 de la LIS⁹. Esto significa que las sociedades podrán compensar, sin límite alguno, bases imponibles negativas hasta el siguiente importe:

1 millón de euros + ingresos fiscales por quitas y esperas de cada periodo

Por todo ello, en el caso planteado, las bases negativas pendientes de compensación son deducibles en el periodo 2016 sin ningún tipo de limitación, hasta el importe de la base imponible positiva del periodo.

1.5. APORTACIONES DE SOCIOS PARA COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS

La configuración del patrimonio neto de Imagina, SA muestra una situación clara de desequilibrio patrimonial como consecuencia de pérdidas habidas en ejercicios anteriores. Al respecto, el artículo 363.1 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital dispone que es causa obligatoria de disolución cuando se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este aumente o se reduzca en la medida suficiente para recuperar el equilibrio perdido y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

⁸ El artículo 26.1 de la LIS establece que «la limitación a la compensación de bases imponibles negativas no resultará de aplicación en el importe de las rentas correspondientes a quitas o esperas consecuencia de un acuerdo con los acreedores del contribuyente».

⁹ El artículo 26.1 continúa señalando que «las bases imponibles negativas que sean objeto de compensación con dichas rentas no se tendrán en consideración respecto del importe de 1 millón de euros a que se refiere el párrafo anterior».

En el caso planteado, no es posible una reducción de capital por cuanto su cifra es el mínimo legalmente establecido para la forma jurídica que tiene la empresa. Por lo que, a la vista del precepto señalado, solo sería posible deshacer el desequilibrio mediante una ampliación de capital. Sin embargo, los socios, en junta general, han aprobado otra medida no prevista expresamente en la legislación mercantil pero sí en la normativa contable. Se trata de aportaciones de socios que no conllevan un aumento de la cifra de capital. A tal fin, el PGC-Pymes habilita, en su cuadro de cuentas, la partida «118. Aportaciones de socios o propietarios» que define como «elementos patrimoniales entregados por los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo. En particular, incluye las cantidades entregadas por los socios o propietarios para compensación de pérdidas».

La naturaleza contable de la aportación realizada por los socios se localiza en el apartado 2 de la NRV 18.^a del PGC-Pymes referido a «Subvenciones, donaciones y legados otorgados por socios o propietarios» donde se establece que «las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables recibidos de socios o propietarios, no constituyen ingresos para la sociedad, debiéndose registrar directamente en los fondos propios, independientemente del tipo de subvención, donación o legado de que se trate». En consecuencia, las aportaciones que, a fondo perdido, llevan a cabo los socios de Imagina, SA se integrarán en el patrimonio neto de la entidad con objeto de sanear las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores, lo que dará lugar a las siguientes anotaciones:

1 de marzo. Por las aportaciones dinerarias efectuadas por los socios:

Código	Título	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	90.000	
118	Aportaciones de socios o propietarios		90.000

1 de marzo. Por la compensación de pérdidas:

Código	Título	Debe	Haber
118	Aportaciones de socios o propietarios	90.000	
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores		90.000

Dado que todos los socios aportan igual cuantía para restablecer el equilibrio patrimonial, manteniéndose por tanto la proporcionalidad del valor contable de las acciones que existía antes de la aportación, no se produce ningún ingreso o gasto asociado a dicha operación, por lo que en la liquidación del IS no habrá que practicarse ajuste alguno¹⁰.

¹⁰ Vid. el artículo 18.11, letra b) de la LIS.

1.6. CORRECCIONES VALORATIVAS DEL ACTIVO NO CORRIENTE

1.6.1. Inversiones inmobiliarias

A tenor de la información suministrada, Imagina, SA en el ejercicio 2015 reconoció, por una cuantía de 60.000 euros, un deterioro de valor del terreno contabilizado como inversión inmobiliaria. Sin embargo, el hecho de que dicha pérdida de valor se hubiese producido en el periodo 2012-2015 determina que el tratamiento contable de la parte correspondiente a ejercicios anteriores a 2015 fuese diferente al aplicado a la pérdida reversible generada a lo largo de 2015. Concretamente, el deterioro de valor puesto de manifiesto entre 2012 y 2014 y no registrado en su momento tendrá la consideración contable de error, subsanándose mediante un cargo en una cuenta de reservas. En cambio, la pérdida estimada en 2015 habrá dado lugar al reconocimiento de un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias de ese ejercicio. Es decir, la empresa al cierre del ejercicio 2015 habrá efectuado la siguiente anotación contable:

Código	Título	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	45.000	
692	Pérdidas por deterioro de las inversiones inmobiliarias	15.000	
292	Deterioro de valor de las inversiones inmobiliarias		60.000

Fiscalmente, la pérdida por deterioro reconocida en 2015 no resultó deducible en la medida en que afecta a un elemento calificado como inversión inmobiliaria (art. 13.2 a) LIS). En consecuencia, en la liquidación del IS de ese periodo se practicó un ajuste positivo por la parte de dicha corrección valorativa imputada al resultado contable, esto es, por 15.000 euros.

Dicho ajuste revertirá de conformidad con el artículo 20 b) de la LIS, en la medida en que se trata de un activo no amortizable. En este sentido, su reversión se producirá en el periodo en el que dicho elemento se transmita o cause baja del activo por cualquier otro motivo. En el caso planteado, la sociedad, en noviembre de 2016, vendió el terreno por 150.000 euros, habiéndose realizado la transacción al contado. Por tanto, en libros lucirá la siguiente anotación:

Código	Título	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	181.500	
292	Deterioro de valor de las inversiones inmobiliarias	60.000	
672	Pérdidas procedentes de las inversiones inmobiliarias	30.000	
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales		240.000
477	Hacienda Pública, IVA repercutido		31.500

Dado que la venta tuvo lugar en el ejercicio 2016, en la liquidación del IS de este periodo se tendrá que realizar un ajuste negativo por el importe de la totalidad de la pérdida por deterioro registrada contablemente, con independencia de que se haya imputado a resultados o a patrimonio neto. Ello determina que el resultado negativo con origen en la venta de la inversión inmobiliaria (30.000 €) se tenga que corregir con un ajuste negativo de 60.000 euros, que corresponde con la pérdida por deterioro que se dotó en el año anterior. En realidad, procedería el mismo ajuste si se tuviera que calcular la ganancia derivada de la venta del inmovilizado teniendo en cuenta datos exclusivamente fiscales pues, en tal caso, habría que computar un resultado negativo de 90.000 euros (150.000 – 240.000), lo que coincidiría con la suma del resultado reconocido contablemente (30.000 €), el ajuste derivado del error (45.000 €) y el gasto registrado en 2015 (15.000 €).

1.6.2. Maquinaria adquirida en 2013

Como consecuencia del test de deterioro practicado al cierre del ejercicio 2015, Imagina, SA reconoció un gasto por la cuantía siguiente:

• Importe recuperable	105.000
• Valor en libros [175.000 – (175.000 × 0,1 × 2,5)]	131.250
• Deterioro de valor	26.250

En el ámbito tributario, el artículo 13.2 de la LIS ha establecido que no son deducibles las pérdidas por deterioro relativas al inmovilizado material o intangible, inversiones inmobiliarias o valores. En todos estos casos, en el periodo en el que la pérdida se registre contablemente se deberá realizar un ajuste positivo por la cuantía de la misma. Así, en el caso planteado, en el periodo 2015 la entidad realizó un ajuste positivo por importe de 26.250 euros.

Esta situación también producirá efectos en periodos posteriores, como el que está siendo objeto de liquidación –2016–. Téngase en cuenta que contablemente la pérdida por deterioro minorará la base de amortización, por lo que a partir de dicho periodo la dotación anual se determinará dividiendo el valor neto contable a dicha fecha entre los periodos que resten de vida útil. Por tanto, entre 2016 y 2022, salvo que se produzca la recuperación o el aumento del deterioro reconocido, el gasto anual por amortización será 14.000 euros (105.000/7,5), si bien en el ejercicio en que finaliza su vida útil –2023– la dotación contable ascenderá a 7.000 euros.

Fiscalmente, la amortización se determinará sobre la misma base contable, lo que supone que la pérdida por deterioro no podrá ser deducida ni a través de este concepto de gasto ni a través del proceso de amortización. Por ello, para complementar la amortización contable, el artículo 20 c) de la LIS permite que las entidades reduzcan la base imponible en la cantidad resultante de aplicar sobre el importe de la pérdida por deterioro el mismo método de amortización utilizado respecto de los elementos patrimoniales. Con este sistema, el resultado que se obtiene es el mismo que se

derivaría de amortizar el elemento patrimonial sobre la base previa a la corrección contable por deterioro de valor. Por tanto, entre 2016 y 2022 se deberá realizar un ajuste negativo de 3.500 euros en virtud del artículo 20 c) de la LIS, que resultará de dividir entre la vida útil restante (7,5 años) el importe de la pérdida por deterioro que no fue deducible fiscalmente (26.250 €). En el último año de vida útil de este elemento (2023), el ajuste negativo que procederá practicar por este concepto será de 1.750 euros como se muestra en el cuadro siguiente:

Ejercicio	Ámbito contable	Ámbito fiscal
2013	Amortización: $175.000 \times 0,1 \times 6/12 = 8.750$	Amortización: 8.750 No se practica ajuste alguno
2014	Amortización: $175.000 \times 0,1 = 17.500$	Amortización: 17.500 No se practica ajuste alguno
2015	Amortización: $175.000 \times 0,1 = 17.500$	Amortización: 17.500
2016 a 2022	Deterioro de valor : $131.250 - 105.000 = 26.250$	Ajuste: + 26.250 (la pérdida por deterioro no es deducible)
	Amortización: $105.000/7,5 = 14.000$	Amortización: 14.000 Ajuste artículo 20 c) LIS: -3.500 (26.250/7,5)
2023	Amortización: $105.000/7,5 \times 6/12 = 7.000$	Amortización: 7.000 Ajuste artículo 20 c) LIS: -1.750 (26.250/7,5 \times 6/12)

1.6.3. Vehículo usado adquirido en 2016

El artículo 11.3 de la LIS establece en su apartado 1.º, primer párrafo, el principio fiscal de inscripción contable, según el cual un gasto no puede computarse fiscalmente antes de que se refleje contablemente, de lo que deriva la necesidad de la contabilización de los gastos para que puedan considerarse como partida deducible¹¹. El precepto condiciona su posible deducción fiscal y la cuantía de la misma a la contabilización de una partida, ya se trate de una cuenta de gasto o de reserva. Así es en la medida en que solo es gasto fiscalmente deducible la cantidad que haya sido objeto de reconocimiento contable, en el mismo periodo o en ejercicios anteriores. Por tanto, salvo que se establezca una excepción a la aplicación de dicho principio, solo se podrá deducir fiscalmente un gasto en la cuantía registrada contablemente.

¹¹ Dicho artículo establece que «no serán fiscalmente deducibles los gastos que no se hayan imputado contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas si así lo establece una norma legal o reglamentaria, a excepción de lo previsto en esta ley respecto de los elementos patrimoniales que puedan amortizarse libremente o de forma acelerada».

En el caso planteado, la empresa podría haber utilizado para contabilizar el gasto por amortización de un elemento usado los sistemas previstos en la normativa, a saber:

- a) Se puede tomar como base de amortización el precio de adquisición para la entidad en el mercado de bienes usados, pudiéndose aplicar hasta el doble del coeficiente lineal máximo que resulte de las tablas oficialmente aprobadas.
- b) Si se conoce el precio de adquisición o coste de producción originario podría ser tomado como base de amortización, en cuyo caso la dotación máxima vendrá determinada por la aplicación del coeficiente de amortización lineal máximo según tablas.

Por tanto, sería posible deducir hasta el doble del coeficiente según tablas, que se aplicaría sobre el precio de adquisición, lo que resultaría una cantidad deducible de 2.400 euros ($10.000 \times 0,16 \times 2 \times 9/12$) o el porcentaje de tablas sobre el valor originario, lo que supondría un total deducible de 3.600 euros ($30.000 \times 0,16 \times 9/12$). Por tanto, en principio, podría haber deducido fiscalmente hasta esta última cantidad.

Sin embargo, la empresa ha amortizado contablemente de acuerdo con una vida útil de cuatro años y valor residual nulo sobre el precio de adquisición del bien usado, lo que importa un gasto por amortización de 1.875 euros ($10.000/4 \times 9/12$). Esta es la cantidad máxima que la empresa podrá utilizar también desde el punto de vista fiscal por la aplicación del principio de inscripción contable, que impide la deducción de un gasto por amortización superior al que haya sido contabilizado, salvo en los casos en los que expresamente se exceptiona la aplicación de dicho principio, entre los que no se encuentra el supuesto de la amortización de los bienes adquiridos usados. Por tanto, para que resultara deducible la cantidad máxima de 3.600 euros, resultante de aplicar sobre el precio originario de adquisición el coeficiente máximo de tablas, habría sido necesario que dicho criterio se hubiera aplicado previamente en el ámbito contable. Tampoco se puede utilizar el incentivo fiscal previsto en el artículo 103 de la LIS para las empresas de reducida dimensión, pues solo resultan de aplicación a los elementos adquiridos nuevos. De acuerdo con todo ello, no se debe realizar ajuste alguno.

1.6.4. Maquinaria adquirida en 2016

Como se indicó anteriormente, la LIS establece diversas excepciones en la aplicación del principio de inscripción contable, al determinar ciertos supuestos en los que el gasto resulta fiscalmente deducible pese a que el gasto no se haya contabilizado o se haya hecho en una cuantía inferior. Concretamente, el artículo 11.3.1.º de la LIS hace referencia a los elementos patrimoniales que puedan amortizarse libremente, lo que afecta a los supuestos previstos en los artículos 12.3 y 102 de la LIS y a los de amortización acelerada que contemplan los artículos 103 y 106 de la LIS.

En el caso planteado, al tratarse de un elemento adquirido nuevo por una empresa de reducida dimensión, se podrá amortizar, de acuerdo con el artículo 103 de la LIS, utilizando hasta el

doble del coeficiente de tablas, sin que esté condicionado al principio de inscripción contable. Por tanto, de acuerdo con los datos aportados en el enunciado, la amortización contabilizada asciende a 1.875 euros ($25.000 \times 0,1 \times 9/12$), mientras que la amortización que puede deducirse fiscalmente puede llegar justamente al doble de esa cantidad, es decir, a 3.750 euros ($25.000 \times 0,1 \times 2 \times 9/12$). En consecuencia, se deberá realizar un ajuste negativo por una cuantía de 1.875 euros.

Se podría plantear si, al contratar a dos trabajadores, resultaría de aplicación el beneficio fiscal de la libertad de amortización con creación de empleo regulado en el artículo 102 de la LIS. La respuesta es negativa, en la medida en que los trabajadores contratados tienen discapacidad y han dado lugar a una deducción con origen en el ejercicio –aunque no se ha podido aplicar en el mismo– por importe de 21.000 euros (véase apartado 2 de la solución del caso). En este sentido, de acuerdo con lo que señala el artículo 38.3 de la LIS, estos trabajadores no se computarán a efectos de la libertad de amortización prevista en el artículo 102 de la misma ley.

1.7. REGULARIZACIÓN DE CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

De acuerdo con la información suministrada, Imagina, SA, como consecuencia de la resolución del expediente instruido por la inspección de trabajo ha tenido que afrontar un pago de 71.552,95 euros por diversas partidas cuyo tratamiento contable depende del ejercicio económico en el que se hayan devengado. En este sentido, la distribución de los conceptos liquidados de acuerdo con el periodo al que habrán de ser imputados es la siguiente:

Concepto	Cuantía	Imputable al ejercicio 2016	Imputable a ejercicios anteriores
Liquidación de cuotas no satisfechas	43.656,47	9.260	34.396,47
Recargos	8.731,29	1.852	6.879,29
Intereses de demora	1.659,69	239	1.420,69
Sanciones	17.505,5	17.505,5	
Total	71.552,95	28.856,5	42.696,45

Por analogía con el tratamiento previsto en la Resolución del ICAC de 9 de febrero de 2016¹² para las obligaciones de naturaleza fiscal derivadas de un acta de inspección, en el registro de los conceptos liquidados se seguirán las siguientes reglas:

¹² Resolución de 9 de febrero de 2016, del ICAC, por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del impuesto sobre beneficios (BOE de 16 de febrero).

- Las cuotas de la Seguridad Social correspondientes al ejercicio en curso se contabilizarán como un gasto de personal. A tal efecto, se utilizará la cuenta «642. Seguridad Social a cargo de la empresa».
- Los intereses correspondientes al ejercicio en curso se registrarán como un gasto financiero, pudiéndose emplear a tal fin la partida «669. Otros gastos financieros».
- Los intereses, las cuotas y recargos correspondientes a todos los ejercicios anteriores se contabilizarán mediante un cargo en una cuenta de reservas.
- La sanción y los recargos producirán un gasto de naturaleza excepcional, que se reconocerá mediante la cuenta «678. Gastos excepcionales».

En definitiva, las cantidades imputables a periodos anteriores se registrarán con cargo a cuentas de reservas, disminuyendo las mismas, mientras que como gastos del ejercicio 2016 se tomarán en consideración las cantidades imputables al mismo, cuyo importe asciende a 28.856,5 euros. Así, de acuerdo con las pautas anteriores, Imagina, SA habrá llevado a cabo la siguiente anotación:

Código	Título	Debe	Haber
642	Seguridad Social a cargo de la empresa	9.260	
669	Otros gastos financieros	239	
678	Gastos excepcionales (recargos)	1.852	
678	Gastos excepcionales (sanciones)	17.505,5	
113	Reservas voluntarias	42.696,45	
572	Bancos, c/c		71.552,95

Desde el punto de vista tributario, la cuestión que se debe analizar es si las cantidades anteriores constituyen gasto deducible en el IS, así como la determinación de los ajustes correspondientes, en caso de que se considere que el criterio a efectos del IS no coincide con el tratamiento contable.

A efectos de determinar la deducibilidad de estas partidas se han de tener en cuenta dos apartados del artículo 15 de la LIS. Por un lado, la letra c) recoge un gasto que no ha tenido carácter deducible en ninguna de las leyes reguladoras del IS, si bien la normativa ha debido ir adaptando la terminología a la regulación de la Ley General Tributaria (LGT) de las diversas prestaciones accesorias de la deuda tributaria. En particular, dicha letra c) determina que no son deducibles «las multas y sanciones penales y administrativas, los recargos del periodo ejecutivo y el recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo».

En cuanto a las sanciones impuestas no hay ninguna duda sobre el carácter no deducible, pues el precepto hace referencia a todo tipo de sanciones y multas, ya sean administrativas o penales. En la medida en que las sanciones se han contabilizado como un gasto extraordinario del periodo 2016 y no tienen carácter deducible en el IS, se deberá realizar un ajuste positivo por importe de 17.505,5 euros.

Mayores dudas se plantean con los recargos por el pago extemporáneo de las cuotas de la Seguridad Social. Ciertamente, la letra c) no hace referencia a esta partida de forma expresa, pues menciona únicamente dos tipos de recargos regulados en la LGT, como son los recargos del periodo ejecutivo y por declaración extemporánea sin requerimiento previo. Sin embargo, los recargos por la falta de ingreso de las cuotas de la Seguridad Social tienen una naturaleza diferente, pues son liquidados por la autoridad administrativa aun cuando derive de un procedimiento de comprobación, son compatibles con las sanciones, tienen carácter automático siempre que se cumplan ciertos requisitos y se liquidan aunque el sujeto obligado pague la liquidación en plazo. Por tanto, aunque se trate de recargos por ingreso extemporáneo, tienen una naturaleza muy diferente a los regulados en el artículo 27 de la LGT. Como consecuencia de ello, se podría considerar que, al no venir excluidos expresamente en la letra c) del artículo 15 de la LIS, sí podrían ser considerados como deducibles. Sin embargo, a efectos de su deducibilidad deben ser equiparados a los recargos que expresamente se establecen en este precepto, pues, además, tienen un componente sancionador, en tanto que se relacionan con la comisión de una infracción administrativa –la falta de ingreso en plazo de las cuotas¹³–, que en este caso ha sido, además, regularizada por la inspección de trabajo y no por la empresa. Así lo señala la Dirección General de Tributos (DGT), que ha considerado que estos recargos no tienen carácter deducible por estar relacionados con una infracción¹⁴. En cuanto a los ajustes que deben realizarse, ha de tenerse en cuenta que una parte importante de los recargos se han contabilizado con cargo a reservas (6.879,29 €), por lo que su importe no aparecerá en la base imponible. El ajuste solo debe realizarse respecto a la parte que tiene la consideración de gasto del ejercicio en 2016, es decir, 1.852 euros, por lo que procederá la realización de un ajuste positivo de dicha cuantía.

También puede plantear duda la deducibilidad de los intereses de demora por deudas con la Seguridad Social o cualquier otra Administración o ente público distinto de la Administración tributaria. En principio, se ha de considerar que esta partida es deducible, en la medida en que no se incluye dentro de los conceptos no deducibles a los que se refiere el apartado c) del artículo 15 de la LIS¹⁵. En el marco de la Ley 27/2014, así lo ha reconocido expresamente la DGT en relación

¹³ Se trata de un recargo único del 20% para los ingresos que se debieron pagar en el periodo de ingreso correspondiente, a partir del primer mes de retraso desde que existe la obligación de ingresar. Se regulan en el artículo 29 del TRLSS y en el artículo 10 de su reglamento de desarrollo (RD 1415/2004, de 11 de junio).

¹⁴ Así lo ha señalado la Consulta de 27 de julio de 2016 (V3526/2016 [NFC061795]), aunque en relación con una derivación de responsabilidad que incluía tales recargos: «En el caso planteado en el escrito de consulta, se impone un recargo al empresario infractor responsable de una falta que se exige a la entidad consultante a través de una derivación de responsabilidad. En consecuencia, en la medida en que la cantidad que se ha de satisfacer la entidad consultante, se deriva de la responsabilidad de la empresa declarada en virtud de una resolución administrativa de la entidad gestora competente, la misma no puede calificarse como gasto de personal, sino que, al derivarse de una infracción administrativa, tiene la consideración de sanción administrativa no deducible a efectos de determinar la base imponible del impuesto sobre sociedades de la entidad consultante».

¹⁵ En este sentido, la Consulta de 6 de abril de 2016 (V1403/2016 [NFC058262]) señala: «En relación con los intereses de demora exigibles por deudas con Administraciones o entes públicos distintos a las administraciones tributarias en el ejercicio de sus potestades administrativas (entre los que se mencionan las deudas con la Seguridad Social previstas en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la

con los intereses de demora tributarios¹⁶, con los que los intereses moratorios que se están analizando comparten naturaleza. Es cierto que fue muy distinta la consideración de este órgano en relación con leyes anteriores, lo que no se entiende pues entre las diferentes normas no ha habido una diferencia sustancial, por lo que las consecuencias tributarias deberían haber sido las mismas, es decir, la deducibilidad en todo caso de esta partida, debido a su carácter indemnizatorio y no sancionador y a la falta de mención de este concepto entre los no que no tienen carácter deducible.

Ahora bien, el hecho de que una partida no aparezca recogida en la letra c) no significa aún que sea deducible, pues hay que tener en cuenta a estos efectos lo dispuesto en la letra f) del mismo precepto, según la cual no son deducibles «los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico». Se trata de una novedad que ha incorporado la Ley 27/2014 y cuya aplicación práctica puede plantear problemas, como puede comprobarse con un somero análisis del caso planteado. Dependiendo de que la interpretación de la expresión legal sea más amplia o más restrictiva, se podrían incluir dentro del mismo situaciones que hasta el momento no daban lugar a ajuste. En consecuencia, cualquier actuación o situación que vulnere el ordenamiento podría dar lugar a que los pagos que tengan origen en la misma no den lugar a gastos deducibles. En el caso planteado es indudable que la empresa ha contravenido el ordenamiento jurídico, pues así se ha puesto de manifiesto en las actas de la inspección de trabajo, que no han sido recurridas por la empresa.

Como hemos indicado, la determinación de los conceptos que se deben incluir dentro de la señalada letra f) no es una cuestión que esté exenta de dificultad. Una cuestión es la multa o sanción que corresponda imponer por la actuación contraria al ordenamiento jurídico y otra diferente son las consecuencias económicas que pueden derivar de dicha actuación, como ocurre en el caso planteado, en el que se han debido satisfacer las cuotas dejadas de ingresar en su momento, los recargos y los intereses de demora. Ahora bien, si el carácter no deducible se predica únicamente de las multas o sanciones penales o administrativas y los recargos, la letra f) no aportaría nada nuevo, pues para evitar la deducibilidad de estas partidas ya se encuentra la letra c) del mismo precepto. Por ello, se ha de analizar el criterio que está defendiendo la DGT en relación con la interpretación de la letra f) en las consultas en las que se ha planteado dicha cuestión. A tal efecto, en diversas consultas¹⁷ se ha mantenido un concepto muy restrictivo, al considerar que «los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico son aquellos cuya realización está

Seguridad Social y las deudas con la Dirección General de Tráfico, de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial), partiendo de todo lo señalado anteriormente, de acuerdo con el artículo 10.3 de la LIS, todos aquellos que tengan la referida calificación jurídica y tengan la finalidad señalada, tendrán la consideración de gastos financieros, de manera que, no existiendo ningún precepto en el impuesto sobre sociedades que niegue su deducibilidad, los mismos resultarán deducibles en el impuesto sobre sociedades, con el límite indicado a continuación».

¹⁶ Así lo reconoce de forma expresa la Resolución de 4 de abril de 2016, de la DGT, en relación con la deducibilidad de los intereses de demora tributarios, en aplicación de la LIS (BOE de 6 de abril de 2016).

¹⁷ En este sentido, las Consultas de 21 de diciembre de 2015 (V4080/2015 [NFC057227]), 15 de febrero (V0603/2016 [NFC058209]), de 6 de abril (V1403/2016 [NFC058262]), 6 de julio (V3145/2016 [NFC061363]) y 27 de julio de 2016 (V3526/2016 [NFC061795]).

castigada por el propio ordenamiento jurídico, como es el caso de los sobornos, de manera que su realización es contraria al mismo y está penada. Esto es, la realización del propio gasto, el gasto ilícito y que, como tal conlleva una pena, es el gasto que no resulta fiscalmente deducible. Dicha ilicitud, sin embargo, no puede atribuirse a la existencia de meros defectos formales, cuya subsanación resulte posible sin consecuencias gravosas».

Así, lo primero que hay que plantearse es si la empresa que haya sido destinataria de los servicios de estos trabajadores puede deducir el gasto derivado de los pagos realizados a estos, al menos en los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2015, en que entró en vigor la nueva Ley 27/2014. Es evidente que la vinculación a través de un contrato de arrendamiento de servicios, en los casos en que la relación es laboral, supone una vulneración del ordenamiento jurídico, pues con ello se defraudan diversas normas del ámbito laboral y de la Seguridad Social. La cuestión es determinar si los pagos que deriven de la regularización de esta situación pueden encajar en el presupuesto de la letra f) del artículo 15, lo que podría suponer que todas las cantidades que deba abonar la empresa como consecuencia de esta situación o las que ya hubiera satisfecho en virtud de una relación simulada no serían deducibles. Aplicando este criterio con rigor, la Administración tributaria podría cuestionar la deducibilidad de estos gastos como consecuencia de la calificación que de dicha relación se haya realizado en las actas de la inspección de trabajo. Sin embargo, no creemos que haya sido esta la pretensión del legislador ni la doctrina que viene aplicando la DGT en relación con otras consecuencias derivadas de una regularización de una situación ilegal. Como se ha indicado, la DGT defiende que lo que no es deducible es el gasto ilegal por su propia naturaleza, pero no aquel que, una vez subsanadas determinadas deficiencias, sea conforme con el ordenamiento jurídico. Por tanto, una vez regularizada la situación laboral del trabajador, los pagos realizados tendrán carácter deducible al tener la consideración de salario, por lo que si las cantidades coinciden no habría nada que rectificar y, si fuera preciso el abono de cantidades adicionales, constituiría un gasto deducible.

En este sentido, más dudas podrían surgir en relación con las cuotas a la Seguridad Social y los intereses de demora que han debido satisfacerse por el retraso en el pago. No obstante, la DGT ha considerado que pueden tener la consideración de deducibles, por no incluirse en la letra f), las cuotas de Seguridad Social no abonadas por la anterior entidad, así como los intereses de demora¹⁸. En el primer caso, se considera que el gasto en sí mismo es deducible, sin que se plantee su

¹⁸ La Consulta de la DGT de 27 de julio de 2016 (V3526/2016 [NFC061795]) trataba de un supuesto en el que a una empresa se le exigía como responsable por sucesión las cuotas de la Seguridad Social que otra empresa había dejado de ingresar, así como los correspondientes recargos e intereses de demora. En relación con las cuotas no abonadas por la otra empresa señala que «la deuda a la Seguridad Social que debe satisfacer la consultante en calidad de responsable del deudor principal habrá de corresponderse con partidas que, por su naturaleza, tengan la consideración de deducibles [...] Por tanto, si la naturaleza de la deuda permite calificar la partida como deducible para determinar la base imponible de la consultante (lo que ocurre en el caso de las cuotas de Seguridad Social no abonadas por la entidad B), y en el crédito concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 13.1 de la LIS, la dotación para la cobertura del riesgo por insolvencias será fiscalmente deducible». Por su parte, en relación con los intereses de demora señala que «no nos encontramos ante gastos contrarios al ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario,

no deducibilidad por la referida letra f). En el caso de los intereses de demora se estima que no son gastos contrarios al ordenamiento jurídico, sino que, al contrario, son gastos que vienen impuestos por el mismo, siendo deducible al tener la naturaleza de gasto financiero, por lo que tampoco es posible considerar que encaje en la citada letra f). Por tanto, debe admitirse la deducibilidad de estos gastos, pues hay que considerar que tales pagos no se derivan de una vulneración del ordenamiento sino que, precisamente, tienen su origen en la regularización de la situación conforme a la ley.

Ahora bien, al tratarse en parte de gastos de ejercicios anteriores, que se registran contablemente con cargo a reservas, se deberá realizar un ajuste negativo por todas las cantidades que no correspondan a 2016. En efecto, los gastos que afecten a ejercicios cerrados se han registrado en cuentas de patrimonio neto, por lo que no aparecen reflejados en la cuenta de pérdidas y ganancias. Esto supone que para que aparezcan en la base imponible del IS se deberá realizar un ajuste negativo sobre el resultado contable, lo que es admisible de acuerdo con el artículo 11.3.1.^a de la LIS. El primer párrafo establece que puedan deducirse los gastos que se hayan computado en cuentas de reserva y el segundo permite la deducción de los gastos devengados en ejercicios anteriores a condición de que de ello no se derive una tributación inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del criterio de imputación temporal que debía haber sido aplicado¹⁹.

En relación con las cuotas de la Seguridad Social, toda la cantidad, que asciende a 43.656,47 euros, resulta deducible en el IS, como ha quedado señalado. No obstante, en la cuenta de pérdidas y ganancias solo se ha incluido 9.260 euros, que es la cantidad imputable a 2016, mientras que el resto se ha registrado con cargo a reservas. Por tanto, ello obliga a hacer un ajuste negativo sobre el resultado contable por importe de 34.396,47 euros. También ha ocurrido algo similar con los intereses de demora. Contablemente, solo se han registrado como gasto los que corresponden a 2016 (239 €), mientras que el resto de los intereses liquidados (1.420,69 €), al imputarse a ejercicios precedentes, tienen como contrapartida una cuenta de reserva. Por ello, se ha de realizar un ajuste negativo de 1.420,69 euros. Todo ello permite que se deduzca en el IS de 2016 la totalidad de los intereses de demora satisfechos, es decir, 1.659,69 euros.

son gastos que vienen impuestos por el mismo, por lo que tampoco cabe establecer su no deducibilidad por la referida letra f). Precisamente aquellos gastos impuestos por el ordenamiento jurídico con carácter punitivo, las sanciones, se consideran no deducibles de forma expresa por la normativa tributaria, mientras que nada establece la normativa fiscal respecto a los intereses de demora. Por tanto, teniendo en cuenta que los intereses de demora tienen la calificación de gastos financieros y el artículo 15 de la LIS no establece especificidad alguna respecto de los mismos, deben considerarse como gastos fiscalmente deducibles». En dicha consulta se reitera un criterio defendido con anterioridad en las Consultas de 21 de diciembre de 2015 (V4080/2015 [NFC057227]), 15 de febrero (V0603/2016 [NFC058209]) y 6 de abril de 2016 (V1403/2016 [NFC058262]).

¹⁹ Así lo señala la Consulta de 27 de julio de 2016 (V3526/2016 [NFC061795]): «Por último, debe tenerse en cuenta la norma específica de imputación temporal prevista en el artículo 11.3 de la LIS, en relación con los intereses de demora. Respecto de los gastos del ejercicio son deducibles con los límites establecidos en el artículo 16 de la LIS. Respecto de los intereses de demora correspondientes a ejercicios anteriores, de acuerdo con el artículo 11.3 de la LIS, serán deducibles en el periodo impositivo en que se registren contablemente con cargo a reservas, esto es, en 2015, siempre que de ello no se derive una tributación inferior».

Los ajustes relacionados con la regularización administrativa, de acuerdo con los criterios analizados, se resumen en la siguiente tabla:

Concepto	Registro contable		IS	Ajuste
	PyG	Reservas		
Sanciones	17.505,5			+17.505,5
Recargos	1.852	6.879,29		+1.852
Intereses de demora	239	1.420,69	1.659,69	-1.420,69
Cuotas Seguridad Social	9.260	34.396,47	43.656,47	-34.396,47

Por otra parte, Imagina, SA, como consecuencia de la demanda interpuesta por el trabajador, estima muy probable que, sobre todo tras la calificación de la relación como laboral por la inspección de trabajo, tenga que satisfacer una indemnización. Para hacer frente a dicha responsabilidad reconoce una provisión para responsabilidades, pues el suceso determinante de la misma ya se ha producido y solo existe incertidumbre respecto a su importe o la fecha en que habrá de ser liquidada la obligación, aunque presumiblemente se producirá en el corto plazo. Este pasivo, a tenor de lo dispuesto en la NRV 17.^a del PGC-Pymes, se valorará, considerando que el efecto financiero de su no actualización no es significativo, por la mejor estimación posible del importe necesario para cancelar la obligación. En el caso planteado, el reconocimiento de dicha obligación se habrá realizado como sigue:

Código	Título	Debe	Haber
641	Indemnizaciones	7.350	
623	Servicios de profesionales independientes	2.000	
5292	Provisión a corto plazo para responsabilidades		9.350

Fiscalmente, también resulta deducible la provisión por la indemnización por despido del trabajador que, con su denuncia, dio lugar al inicio de la inspección de trabajo. Así es en la medida en que concurren todos los requisitos necesarios para ello. Primero, la indemnización resultará deducible si el juzgado termina dando la razón al trabajador, lo que a la fecha del cierre del ejercicio parece más que probable. Segundo, el hecho generador de la responsabilidad es real y ya se ha producido. Tercero, su importe se puede estimar de manera fiable, incluyéndose dentro del mismo una indemnización estimada aplicando las reglas previstas en el Estatuto de los Trabajadores, así como las costas procesales y de abogado y procurador que se van a devengar a lo largo del procedimiento judicial.

De acuerdo con todo lo señalado, las partidas que no tendrían carácter deducible serían las sanciones y recargos impuestos por la Seguridad Social, por considerarse que encajan en la letra c) del

artículo 15 de la LIS. Por tanto, ninguna partida dejaría de ser deducible porque encaje en el presupuesto de la letra f) de dicho precepto, es decir, porque deriven de una actuación contraria al ordenamiento jurídico. Tanto las cuotas de la Seguridad Social atrasadas como los intereses de demora no serían pagos contrarios al ordenamiento jurídico, sino que vendrían impuestos precisamente para adecuar a dicho ordenamiento la situación que originalmente podía considerarse como fraudulenta.

1.8. INGRESOS FINANCIEROS POR DIVIDENDOS EN ESPECIE

Para la resolución contable de la situación planteada, se seguirá la consulta 1 del BOICAC 88, de diciembre de 2011 (NFC043113), donde se analiza el tratamiento contable, desde la perspectiva del inversor, de los derechos recibidos en pago de un dividendo que pueden hacerse efectivos mediante tres modalidades diferentes: la adquisición de nuevas acciones totalmente liberadas, la enajenación de los derechos en el mercado secundario o la venta a la sociedad emisora.

En la citada consulta, tras citar otras donde se ha analizado la cuestión formulada y vigente en el nuevo marco contable (consulta 2 del BOICAC 47, de septiembre de 2001 [NFC010571]), se dispone que cuando un inversor recibe acciones liberadas no aumentará el valor en libros de sus inversiones financieras pero, tratándose de un dividendo acordado por el órgano societario correspondiente, habrá de reconocer un ingreso por el importe acordado. Así, en la situación planteada, desde una perspectiva económica, parece que se trata de una operación que en su conjunto es muy similar a una ampliación de capital con cargo a reservas o beneficios, si bien debe tenerse presente el aspecto jurídico del acuerdo adoptado por el órgano societario correspondiente como elemento determinante del devengo económico del ingreso por dividendos. Se trata, por tanto, de dilucidar si prima el fondo económico con los mismos efectos contables de una ampliación de capital liberada o la consideración del dividendo devengado y, consecuentemente, el reconocimiento de un ingreso. Al respecto, el ICAC entiende que «si nace el derecho de cobro de un dividendo acordado, cuestión que deviene del campo jurídico, la contabilidad debe registrarlo, lo que genera el correspondiente ingreso. No obstante, cuestión distinta es la valoración contable de dicho derecho, y que si bien esta debe atender al importe acordado, sin embargo dado que se va a intercambiar el derecho de cobro por un activo que... hubiera producido una valoración que no habría aumentado la valoración de la inversión inicial, cabe concluir que en consecuencia, y siendo el fondo económico de estas operaciones idéntico, el resultado de su contabilización debe ser igualmente unívoco». En definitiva, serán de aplicación los criterios recogidos en la consulta 1 BOICAC 9, de abril de 1992 (NFC002583), esto es, «si las acciones antiguas y las recibidas liberadas tienen iguales derechos, el valor total de la cartera no se verá alterado, siendo valoradas todas las acciones, tanto las antiguas como las nuevas, al precio medio ponderado. Por su parte, si las acciones antiguas y las nuevas no confieren iguales derechos, el valor de las antiguas se verá minorado en el coste de los derechos preferentes de suscripción segregados y las acciones recibidas se valorarán al precio medio resultante de dividir el coste de los derechos segregados entre el número de acciones recibidas liberadas».

En caso de que el accionista opte por el efectivo, bien de un tercero si vende los derechos en el mercado o bien de la propia empresa, el ICAC entiende, particularmente en el segundo caso,

que no origina el reconocimiento de un derecho de cobro en el inversor y el correspondiente ingreso en la medida en que el fondo económico de la operación no se corresponde con esa circunstancia sino con la posibilidad de que el derecho pueda ejercerse a través de cualquiera de las tres modalidades previstas para el pago del dividendo.

En el supuesto planteado, por tanto, serán de aplicación los criterios contenidos en la consulta 2 del BOICAC 47 (NFC010571), antes citada. Es decir, Imagina, SA deberá reconocer un derecho de cobro por el dividendo acordado, registrando el correspondiente ingreso. Ahora bien, teniendo en cuenta que el derecho de cobro se intercambiará por un activo que no aumenta la valoración previa de la inversión inicial, no se alterará el valor en libros de la inversión, excepto por su ajuste a valor razonable en la medida en que las acciones de Ferrovial, SA forman parte de la cartera de «activos financieros mantenidos para negociar» al ser la intención de Imagina, SA la venta de estos títulos en el corto plazo. Estos títulos, en la fecha de adquisición, fueron reconocidos contablemente como sigue:

Código	Título	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio	30.000	
669	Otros gastos financieros	400	
572	Bancos, c/c		30.400

En relación con el dividendo acordado y de acuerdo con la información facilitada, Imagina, SA ha de percibir un dividendo de 10.000 euros (10.000 acciones × 1 €/acción), correspondiéndole 500 acciones nuevas (10.000 acciones antiguas/20) que se valoran a 20 euros cada una de ellas, no realizándose ninguna anotación por cuanto acciones antiguas y nuevas confieren los mismos derechos. Es decir, la valoración de la cartera no se verá alterada por la recepción de las acciones liberadas, aunque sí su valoración unitaria. No obstante, al cierre del ejercicio 2016, estos títulos habrán de lucir en libros por su valor razonable por lo que procederá el ajuste siguiente:

• Valor razonable (31-12-2016) (10.500 × 2 × 1,7)	35.700
• Valor en libros	30.000
• Ajuste a valor razonable	5.700

Código	Título	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio	5.700	
763	Beneficios por valoración de activos y pasivos por su valor razonable		5.700

A efectos fiscales, no se tendrá que realizar ajuste alguno. El beneficio que deriva de la valoración a valor razonable también se incluirá en la base imponible del periodo en la medida en que el artículo 17.1 de la LIS establece que «las variaciones de valor originadas por aplicación del criterio del valor razonable no tendrán efectos fiscales mientras no deban imputarse a la cuenta de pérdidas y ganancias». El precepto reconoce que cuando los ajustes a valor razonable se imputen a la cuenta de resultados tendrán esa misma consideración a efectos fiscales, pero que cuando se reconozcan en patrimonio neto no se tendrán que hacer ajustes positivos o negativos como consecuencia de ello.

1.9. CONTRATO DE RENTING

De acuerdo con la NRV 7.^a del PGC-Pymes, «cuando de las condiciones económicas de un acuerdo de arrendamiento, se deduzca que se transfieren sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo objeto del contrato, dicho acuerdo deberá calificarse como arrendamiento financiero». Asimismo, salvo prueba en contra y aunque no exista opción de compra, se presumirá la transferencia de los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo, entre otros casos, cuando «al comienzo del arrendamiento, el valor actual de los pagos mínimos acordados por el arrendamiento suponga la práctica totalidad del valor razonable del activo arrendado».

De acuerdo con la información suministrada, el valor razonable del activo objeto del contrato era de 37.500 euros, ascendiendo el valor actual de los pagos mínimos comprometidos a 35.875,26 euros, que cubre prácticamente la totalidad del valor razonable del activo arrendado (95,66%). En consecuencia, el contrato de arrendamiento suscrito por Imagina, SA será calificado contablemente como arrendamiento financiero, reconociéndose un activo material y un pasivo financiero por el valor razonable del bien arrendado en la fecha de inicio del contrato, esto es, 37.500 euros.

Los intereses de la operación se reconocerán según vayan devengándose de acuerdo con el tipo efectivo de la operación, el cual se determinará como sigue:

$$37.500 = 10.000/(1 + i) + 10.000/(1 + i)^2 + 10.000/(1 + i)^3 + 10.000/(1 + i)^4;$$

$$i = 2,6325\% \text{ anual}$$

Aplicando dicho tipo, los intereses que se devengarán a lo largo de la duración del contrato serán los siguientes:

Fecha	Intereses	Pagos	Devolución del principal	Capital pendiente
01-01-2016				37.500
				.../...

Fecha	Intereses	Pagos	Devolución del principal	Capital pendiente
.../...				
31-12-2016	987,19	10.000	9.012,81	28.487,19
31-12-2017	749,93	10.000	9.250,07	19.237,12
31-12-2018	506,42	10.000	9.493,58	9.743,54
31-12-2019	256,46	10.000	9.743,54	0

Los registros que lucirán en la contabilidad del ejercicio 2016 en relación con esta operación son los siguientes:

1 de enero. Por la formalización del contrato de *renting*:

Código	Título	Debe	Haber
218	Elementos de transporte	37.500	
174	Acreeedores por arrendamiento financiero a largo plazo		28.487,19
524	Acreeedores por arrendamiento financiero a corto plazo		9.012,81

31 de diciembre. Por los intereses devengados en el ejercicio:

Código	Título	Debe	Haber
662	Intereses de deuda	987,19	
524	Acreeedores por arrendamiento financiero a corto plazo		987,19

31 de diciembre. Por el pago de la primera cuota de arrendamiento:

Código	Título	Debe	Haber
524	Acreeedores por arrendamiento financiero a corto plazo	10.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	2.100	
572	Bancos, c/c		12.100

31 de diciembre. Por la reclasificación de la deuda pendiente como consecuencia del paso del tiempo:

Código	Título	Debe	Haber
174	Acreeedores por arrendamiento financiero a largo plazo	9.250,07	
524	Acreeedores por arrendamiento financiero a corto plazo		9.250,07

31 de diciembre. Por la amortización anual del bien objeto del contrato:

Código	Título	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	3.750	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		3.750

A efectos de la amortización contable del elemento, se ha aplicado un coeficiente lineal del 10%. En la medida en que el contrato no incorpora una opción de compra no es aplicable el régimen especial previsto en el artículo 106 de la LIS. Sin embargo, sí se puede aplicar la aceleración de la amortización prevista en el artículo 103 de la LIS, al tratarse de una empresa de reducida dimensión y de un vehículo nuevo, que debe registrarse como inmovilizado material con arreglo a la normativa contable por transmitirse al arrendatario los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad. De acuerdo con dicho precepto, se puede amortizar hasta el doble del coeficiente de tablas –el coeficiente máximo sería el 16%–, si bien habría que partir del coeficiente aplicado contablemente (10%). Por tanto, el gasto deducible por amortización en el ejercicio 2016 ascendería a 7.500 euros [$37.500 \times (0,1 \times 2)$], procediendo realizar, por tanto, un ajuste negativo de 3.750 euros.

1.10. RESUMEN DE LOS AJUSTES A PRACTICAR SOBRE EL RESULTADO CONTABLE

De acuerdo con los apartados anteriores, el resultado contable antes de impuestos habrá de ser ajustado como sigue para obtener la base imponible del periodo 2016:

Causa	Ajustes positivos	Ajustes negativos
Errores en acciones Sacyr, SA		27.700
Deterioro de valor de créditos comerciales (cliente A)		1.444,81
		.../...

Causa	Ajustes positivos	Ajustes negativos
.../...		
Deterioro de valor de créditos comerciales (cliente B)		3.017,6
Cambio de criterio en existencias	8.000	
Convenio de acreedores	46.694,88	
Corrección valorativa inversiones inmobiliarias		60.000
Corrección valorativa maquinaria (2013)		3.500
Corrección valorativa maquinaria (2016)		1.875
Sanción (inspección de trabajo)	17.505,5	
Recargos (inspección de trabajo)	1.852	
Cuotas Seguridad Social (ejercicios anteriores)		34.396,47
Intereses de demora (ejercicios anteriores)		1.420,69
Amortización acelerada vehículo <i>renting</i>		3.750
Total	74.052,38	137.104,57

2. DETERMINACIÓN DE LAS DEDUCCIONES A PRACTICAR EN LA LIQUIDACIÓN DEL IS

El artículo 38 de la LIS establece que será deducible de la cuota íntegra una determinada cuantía por cada persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad contratados por el contribuyente, experimentado durante el periodo impositivo, respecto a la plantilla media de trabajadores de la misma naturaleza del periodo inmediato anterior. Dicha deducción depende del grado de discapacidad de los trabajadores contratados en el periodo. Cuando sea igual o superior al 33 % e inferior al 65 %, la cantidad será de 9.000 euros. Cuando el grado de la misma sea igual o superior al 65 %, la cantidad será de 12.000 euros.

De acuerdo con los datos del enunciado del presente caso, la empresa tiene derecho a una deducción de 12.000 euros y a otra de 9.000 euros. En total, la deducción a la que tiene derecho asciende a 21.000 euros. Sin embargo, en el periodo impositivo no podrá aplicar ninguna cantidad en concepto de deducción al tener una base imponible nula como se verá a continuación, por lo que deberá reconocer contablemente un activo por impuesto diferido derivado de la posibilidad de utilizar dicha deducción en los 15 periodos siguientes, de acuerdo con el artículo 39.1 de la LIS.

3. LIQUIDACIÓN DEL IS

Partiendo del beneficio antes de impuestos (214.520 €) que arroja la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2016 y tomando en consideración los ajustes antes comentados, la liquidación del IS de dicho periodo presentará la siguiente configuración:

Beneficio antes de impuestos	214.520
± Ajustes	+74.052,38
	-137.104,57
= Base imponible previa	151.467,81
- Bases imponibles negativas periodos anteriores	-151.467,81
= Base imponible	0
× tipo impositivo	0,25
= Cuota íntegra	0
- Deducciones	
- Bonificaciones	
= Cuota líquida	0
- Retenciones	
- Pagos fraccionados	
= Cuota diferencial	0

4. VALORACIÓN Y REGISTRO DEL GASTO (INGRESO) POR IMPUESTO CORRIENTE

De acuerdo con la NRV 15.^a del PGC-Pymes, «el gasto (ingreso) por impuesto corriente se corresponderá con la cancelación de las retenciones y pagos a cuenta así como con el reconocimiento de los pasivos y activos por impuesto corriente». Pese a que tanto la cuota líquida como la diferencial son nulas en la liquidación practicada, la existencia de ajustes de ingresos y gastos reconocidos contra cuentas de patrimonio neto (subsanción de errores, cambios de criterios contables y registro de gastos de ejercicios anteriores) exige la discriminación de dichos ajustes para la contabilización del impuesto corriente como se indica a continuación:

	Repercusión en pérdidas y ganancias	Repercusión en patrimonio neto	Total
Beneficio antes de impuestos	214.520		214.520
± Ajustes		-27.700 (1)	-27.700
		-1.444,81 (2)	-1.444,81
		-3.017,60 (3)	-3.017,60
		+8.000 (4)	+8.000
	+46.694,88 (5)		+46.694,88
	-60.000 (6)		-60.000
	-3.500 (7)		-3.500
	-1.875 (8)		-1.875
	+17.505,5 (9)		+17.505,5
	+1.852 (10)		+1.852
		-34.396,47 (11)	-34.396,47
		-1.420,69 (12)	-1.420,69
	-3.750 (13)		-3.750
= Base imponible previa	211.447,38	-59.979,57	151.467,81
- BIN periodos anteriores	-151.467,81		-151.467,81
= Base imponible	59.979,57	-59.979,57	0
× tipo impositivo	0,25	0,25	0,25
= Cuota íntegra	14.994,89	-14.994,89	0
- Deducciones			
- Bonificaciones			
= Cuota líquida	14.994,89	-14.994,89	0
- Retenciones			
			.../...

	Repercusión en pérdidas y ganancias	Repercusión en patrimonio neto	Total
.../...			
– Pagos fraccionados			
= Cuota diferencial	14.994,89	-14.994,89	0

Donde, de acuerdo con los comentarios anteriores:

- (1) Ajuste derivado de la subsanación del error en la valoración de activos financieros (apartado 1.1).
- (2) (3) Ajustes derivados del cambio de criterio contable en la estimación del riesgo de insolvencias (apartado 1.2).
- (4) Ajuste derivado del cambio de criterio en valoración de existencias (apartado 1.3).
- (5) Ajuste derivado del retraso en la imputación de los ingresos financieros con origen en convenio de acreedores (apartado 1.4).
- (6) Ajuste derivado de las correcciones valorativas de inversiones inmobiliarias (apartado 1.6.1).
- (7) Ajuste derivado de las correcciones valorativas de la maquinaria adquirida en 2013 (apartado 1.6.2).
- (8) Ajuste derivado de las correcciones valorativas de la maquinaria adquirida en 2016 (apartado 1.6.4).
- (9) (10) (11) (12) Ajustes derivados de la regularización de las cuotas de la Seguridad Social (apartado 1.7).
- (13) Ajuste derivado de la aceleración de amortizaciones respecto del bien objeto del contrato de *renting* (apartado 1.9).

En vista de la tabla anterior donde se diferencian los ajustes según afecten a partidas del resultado contable o de patrimonio neto y de acuerdo con el apartado 4 de la NRV 15.^a del PGC-Pymes, el gasto por impuesto corriente se inscribirá en la cuenta de pérdidas y ganancias. No obstante, los activos y pasivos por impuesto corriente relacionados con una transacción reconocida directamente en una partida de patrimonio neto se reconocerán con cargo o abono a dicha partida. En consecuencia, el reconocimiento del gasto por impuesto corriente devengado en el ejercicio 2016 se realizará como sigue:

Código	Título	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	14.994,89	
113	Reservas voluntarias		14.994,89

5. VALORACIÓN Y REGISTRO DEL GASTO (INGRESO) POR IMPUESTO DIFERIDO

5.1. CLASIFICACIÓN DE LOS AJUSTES PRACTICADOS SOBRE EL RESULTADO CONTABLE

El registro del gasto (ingreso) por impuesto diferido que, de acuerdo con la NRV 15.^a del PGC-Pymes, «se corresponderá con el reconocimiento y la cancelación de los pasivos y activos por impuesto diferido...» requiere la clasificación de las diferencias temporarias, que son aquellas que tienen origen en la distinta valoración, contable y fiscal, atribuida a los activos, pasivos y determinados instrumentos de patrimonio propio de la empresa y que, normalmente, se producen –como sucede en el caso planteado– por la existencia de diferencias temporales entre la base imponible y el resultado contable antes de impuestos con origen en la utilización de diferentes criterios de imputación temporal en los ámbitos contable y fiscal y que, consecuentemente, revertirán en periodos futuros. Junto a este tipo de diferencias, pueden aparecer otras de carácter permanente que, según dispone la Resolución del ICAC de 9 de febrero de 2016, son aquellas «entre el importe neto de los ingresos y gastos totales del ejercicio y la base imponible que no se identifican como diferencias temporarias».

Las diferencias temporarias, por su parte, han de ser separadas en imponibles (aquellas que dan lugar a mayores cantidades a pagar o menores cantidades a devolver por impuestos en ejercicios futuros) y deducibles (aquellas que dan lugar a menores cantidades a pagar o mayores cantidades a devolver por impuestos en ejercicios futuros).

En el caso planteado, los diferentes ajustes practicados sobre el resultado contable se clasificarán como sigue:

	Cuenta de pérdidas y ganancias		Ingresos y gastos reconocidos en patrimonio neto	
	Aumentos	Disminuciones	Aumentos	Disminuciones
Diferencias permanentes:				
• Errores en valoración de activos financieros				27.700
• Cambio de criterio de estimación de insolvencias				1.444,81
• Cambio de criterio de estimación de insolvencias				3.017,6
				.../...

	Cuenta de pérdidas y ganancias		Ingresos y gastos reconocidos en patrimonio neto	
	Aumentos	Disminuciones	Aumentos	Disminuciones
.../...				
• Cambio de criterio de valoración de existencias			8.000	
• Sanción (inspección de trabajo)	17.505,5			
• Recargos (inspección de trabajo)	1.852			
• Cuotas de la Seguridad social (ejercicios anteriores)				34.396,47
• Intereses de demora (ejercicios anteriores)				1.420,69
Diferencias temporarias:				
1. Con origen en el ejercicio				
• Correcciones valorativas de maquinaria adquirida en 2016		1.875		
• Aceleración amortización del bien objeto contrato <i>renting</i>		3.750		
2. Con origen en ejercicios anteriores				
• Convenio de acreedores	46.694,88			
• Correcciones valorativas inversiones inmobiliarias		60.000		
• Correcciones valorativas de maquinaria adquirida en 2013		3.500		
Total	66.052,38	69.125	8.000	67.979,57

Las diferencias permanentes no dan lugar a efecto impositivo alguno en balance. En cuanto a las diferencias temporarias, las dos que tienen origen en el ejercicio son impositivas, luego darán lugar al reconocimiento de pasivos por impuesto diferido. De las diferencias temporarias surgidas en ejercicios anteriores, la derivada del convenio de acreedores supone la reversión de un pasivo por impuesto diferido reconocido en 2015 y las otras dos, con origen en sendas correcciones de valor, provocan la reversión de activos por impuesto diferido.

5.2. VALORACIÓN Y REGISTRO DE LOS ACTIVOS POR DIFERENCIAS TEMPORARIAS DEDUCIBLES

5.2.1. Reconocimiento de activos por impuesto diferido por no considerar probable su recuperación futura

La aplicación del principio de prudencia en la contabilización del impuesto sobre beneficios tiene una especial incidencia en el reconocimiento de los activos por impuesto diferido. Concretamente, solo se reconocerán estas partidas en la medida en que resulte probable que la empresa dispondrá de ganancias fiscales futuras que permitan la recuperación de los mismos, de ahí que la Resolución del ICAC de 9 de febrero de 2016 establezca, en relación con el derecho a compensar pérdidas fiscales en ejercicios posteriores, que «la obtención de un resultado de explotación negativo en un ejercicio, no impide el reconocimiento de un activo por impuesto diferido. No obstante, cuando la empresa muestre un historial de pérdidas continuas, se presumirá, salvo prueba en contrario, que no es probable la obtención de ganancias que permitan compensar las citadas bases». Por tanto, en el caso que nos ocupa, Imagina, SA no habrá reconocido los activos por impuesto diferido con origen en las bases imponibles que se presentaron en los ejercicios 2012-2014²⁰.

Sin embargo, la presentación en el ejercicio 2015 de un pasivo por impuesto diferido²¹ como consecuencia de la aparición de la diferencia temporaria imponible con origen en la aprobación judicial del convenio de acreedores conduce a considerar, a tenor de lo dispuesto por el artículo 5.6 de la Resolución del ICAC de 9 de febrero de 2016, que «será probable que se disponga de ganancias fiscales futuras en cuantía suficiente para poder recuperar los activos por impuesto diferido, siempre que existan diferencias temporarias imponibles en cuantía suficiente, relacionadas con la misma autoridad fiscal, y referidas al mismo sujeto pasivo, cuya reversión se espere... en el mismo ejercicio fiscal en el que se prevea reviertan las diferencias temporarias deducibles...». Así, en el ejercicio 2015, habiéndose reconocido el citado pasivo por impuesto diferido, Imagina, SA pudo aflorar en sus registros contables activos por impuesto diferido no registrados hasta la cuantía correspondiente del referido pasivo, siempre que su reversión se esperara en los ejercicios fiscales en que lo haría el pasivo.

²⁰ Aunque la citada Resolución del ICAC fue de aplicación a las cuentas anuales de los ejercicios que se iniciaron a partir de 1 de enero de 2015, esta norma reproduce el texto de la Consulta 10 del BOICAC 80, de diciembre de 2009 (NFC036233), donde se indicaba que «En particular, el requisito de la probabilidad se considerará cumplido cuando la empresa tenga pasivos por impuestos diferidos (asimilables a estos efectos a las ganancias fiscales) con los que compensar las bases imponibles negativas, salvo que el plazo de reversión del citado pasivo supere el plazo previsto por la legislación fiscal para compensar dichas bases».

²¹ El artículo 6.1 de la Resolución del ICAC de 9 de febrero de 2016 dispone que «En general, se reconocerá un pasivo por impuesto diferido por todas las diferencias temporarias imponibles, a menos que estas hubiesen surgido de:

- a) El reconocimiento inicial de un fondo de comercio. Sin embargo, los pasivos por impuesto diferido relacionados con un fondo de comercio, se registrarán siempre que no hayan surgido de su reconocimiento inicial...
- b) El reconocimiento inicial de un activo o pasivo en una transacción que no es una combinación de negocios y además, en la fecha en que se realizó la operación, no afectó ni al resultado contable ni a la base imponible del impuesto...».

Teniendo en cuenta, como se ha analizado en los apartados 1.6.2 y 1.6.3, que de los ajustes positivos realizados en 2015 solo el correspondiente a la corrección valorativa de la maquinaria adquirida en 2013 revertirá dentro del plazo que lo hace el pasivo (ejercicio 2018), pues al cierre de 2015 se desconocía la fecha de venta del solar, la empresa en dicho ejercicio habrá reconocido activos por impuesto diferido por la cuantía que se muestra en la tabla siguiente:

Pasivos por impuesto diferido			
Causa	Cuantía	Reconocido contablemente	No reconocido contablemente
Convenio de acreedores (2015)	100.341,36	100.341,36	
Activos por impuesto diferido			
Causa	Cuantía	Reconocido contablemente	No reconocido contablemente
BIN (2012-2015)	701.300	89.841,36	611.458,64
Deterioro inversiones inmobiliarias	60.000		60.000
Deterioro máquina (2013)	26.250	10.500	15.750
Total	787.500	100.341,36	687.208,64

No obstante, en el caso planteado, el plan de negocio empleado por Imagina, SA, acorde con la realidad del mercado y las especificidades de la entidad, pone de manifiesto la estimación de ganancias fiscales futuras que permitirán la recuperación de los activos por impuesto diferidos no reconocidos en los ejercicios que surgieron. Consecuentemente, deberá procederse a su reconocimiento en los registros contables mediante la anotación siguiente:

Código	Título	Debe	Haber
4745	Créditos por pérdidas a compensar de los ejercicios 2012-2015 ..	152.864,66	
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles (deterioro inv. inmobiliarias)	15.000	
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles (deterioro máquina 2013)	3.937,5	
638	Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios		160.552,16
113	Reservas voluntarias		11.250

En relación con la anotación anterior, caben los comentarios siguientes:

- a) Los activos por impuesto diferido procedentes de periodos anteriores y no registrados contablemente se valorarán, como determina el artículo 7 de la Resolución del ICAC de 9 de febrero de 2016, «según los tipos de gravamen esperados en el momento de la reversión, según la normativa que esté vigente o aprobada y pendiente de publicación en la fecha de cierre del ejercicio, y de acuerdo con la forma en que racionalmente se prevea recuperar o pagar el activo o el pasivo». Dado que el tipo impositivo al que tributa Imagina, SA es el general del 25 %, será el tipo que se emplee en la valoración de dichos activos.
- b) Para aflorar los activos por impuesto diferido por diferencias temporarias deducibles y las pérdidas fiscales pendientes de compensar procedentes de ejercicios anteriores y no reconocidos contablemente, generalmente se emplea la cuenta «638. Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios» que comprende, según la definición del PGC-Pymes, «el aumento, conocido en el ejercicio, de los activos por impuesto diferido o disminución, igualmente conocida en el ejercicio, de los pasivos por impuesto diferido, respecto de los activos y pasivos por impuesto diferido anteriormente generados, salvo que dichos saldos se hayan originado como consecuencia de una transacción o suceso que se hubiese reconocido directamente en una partida del patrimonio neto». Precisamente esta última referencia provoca que el activo por impuesto diferido con origen en la corrección por deterioro de las inversiones inmobiliarias efectuada en 2015, como se analizó en el apartado 1.6.1, tenga que reconocerse parcialmente mediante un abono en una cuenta de reservas porque contra esta nació la corrección valorativa por tratarse de un gasto de ejercicios anteriores.

5.2.2. Reconocimiento de la reversión de los activos por impuesto diferido con origen en diferencias temporarias deducibles

De acuerdo con los comentarios anteriores, en el ejercicio 2016 se produce la reversión de dos diferencias temporarias deducibles. Por un lado, con ocasión de la venta del solar clasificado contablemente como inversión inmobiliaria, se ha llevado a cabo un ajuste negativo de 60.000 euros con origen en la corrección valorativa por deterioro registrada contablemente y que no tuvo carácter deducible en el ejercicio 2015. Dado que el tipo impositivo es del 25 %, la reversión de esta diferencia dará lugar al siguiente registro contable:

Código	Título	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	15.000	
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles (deterioro inversiones inmobiliarias)		15.000

Por otra parte, en la liquidación del IS se ha practicado un ajuste negativo de 3.500 euros en aplicación del artículo 20 c) de la LIS. Este ajuste supone la reversión parcial de la diferencia temporaria deducible surgida en el ejercicio 2015, procediendo la siguiente anotación de acuerdo con el tipo de gravamen del 25%:

Código	Título	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	875	
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles (deterioro máquina 2013)		875

5.3. VALORACIÓN Y REGISTRO DE LOS PASIVOS POR DIFERENCIAS TEMPORARIAS IMPONIBLES

Los ajustes practicados determinan, en primer término, la reversión parcial de la diferencia temporaria imponible que surgió en 2015 como consecuencia del aplazamiento en la tributación del ingreso reconocido contablemente por el convenio de acreedores por un total de 46.694,88 euros. En consecuencia, aplicando el tipo de gravamen del 25%, se producirá un cargo del pasivo por impuesto diferido como sigue:

Código	Título	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (convenio de acreedores)	11.673,72	
6301	Impuesto diferido		11.673,72

En segundo lugar, el ajuste de 1.875 euros efectuado en aplicación de los beneficios previstos para empresas de reducida dimensión da lugar a la aparición de una diferencia temporaria imponible y, consecuentemente, de un pasivo por impuesto diferido que se valorará aplicando el tipo del 25% sobre la cuantía del ajuste realizado, contabilizándose de la forma siguiente:

Código	Título	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	468,75	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (correcciones valorativas maquinaria)		468,75

Finalmente, en la liquidación, por la misma razón anterior, se ha llevado a cabo un ajuste negativo de 3.750 euros al acelerar la amortización del bien objeto del contrato de *renting*. Se origina, por tanto, una diferencia temporaria imponible, que obligará a reconocer un pasivo por impuesto diferido que se valorará de acuerdo con el tipo de gravamen del 25%:

Código	Título	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	937,5	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (amortización acelerada <i>renting</i>)		937,5

5.4. VALORACIÓN Y REGISTRO DE LA COMPENSACIÓN EN EL EJERCICIO DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS DE PERIODOS ANTERIORES

La compensación de bases imponibles negativas da lugar a la desaparición del crédito reconocido en la partida de activo «4745. Créditos por pérdidas a compensar del ejercicio» por la cuantía correspondiente de aplicar el tipo de gravamen del 25 % sobre la base imponible negativa aplicada en la liquidación (151.467,81 €), lo que se registrará como sigue:

Código	Título	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	37.866,95	
4745	Créditos por pérdidas a compensar de los ejercicios 2012-2015 ..		37.866,95

5.5. VALORACIÓN Y REGISTRO DE LAS DEDUCCIONES PENDIENTES DE APLICAR POR INSUFICIENCIA DE CUOTA

Como se ha comentado, Imagina, SA ha generado durante el ejercicio el derecho a practicar una deducción de 21.000 euros por la contratación de dos trabajadores con discapacidad. Sin embargo, dicha deducción no ha podido ser aplicada por insuficiencia de cuota. Esta situación determinará el reconocimiento de un crédito fiscal por dicha cuantía, siempre que la empresa prevea su recuperación en un plazo de 10 años²², lo que se reconocerá de la forma siguiente:

Código	Título	Debe	Haber
4745	Derechos por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar	21.000	
6301	Impuesto diferido		21.000

²² Pese a que fiscalmente, en atención al artículo 19.1 de la LIS, la deducción no aplicada podrá ser utilizada en los 15 periodos siguientes, el artículo 5.2 de la Resolución del ICAC de 9 de febrero de 2016 establece que «Salvo prueba en contrario, no se considera probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras... cuando se prevea que su recuperación futura se va a producir en un plazo superior a los diez años contados desde la fecha de cierre del ejercicio, al margen de cuál sea la naturaleza del activo por impuesto diferido...».

5.6. DETERMINACIÓN DEL GASTO (INGRESO) POR IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS DEVENGADO EN EL EJERCICIO

De acuerdo con los movimientos experimentados por las cuentas «6300. Impuesto corriente», «6301. Impuesto diferido» y «638. Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios», en la cuenta de pérdidas y ganancias lucirá un ingreso por impuesto sobre beneficios por la cuantía siguiente:

Impuesto corriente	14.994,89
± Impuesto diferido	22.475,23
– Ajustes positivo en la imposición sobre beneficios	-160.552,16
= Ingreso por impuesto sobre beneficios	123.082,04

Por su parte, el beneficio después de impuestos que lucirá en la cuenta de resultados y en la partida «VII. Resultado del ejercicio» de los fondos propios del balance será de 337.602,04 euros.

6. EFECTO IMPOSITIVO DE LA SUBSANACIÓN DE UN ERROR QUE HA DADO LUGAR A UN DIFERIMIENTO DE LA TRIBUTACIÓN

En el apartado 1.1 se puso de manifiesto que la corrección contable del error cometido en 2015 en la valoración de las acciones de Sacyr, SA implica un retraso de la tributación en la medida en que se ha reconocido un ingreso en un periodo posterior al de su devengo contable. Para regularizar la situación tributaria, Imagina, SA deberá realizar una autoliquidación rectificativa del periodo 2015, lo que provocará que en los registros contables deba practicarse la siguiente anotación:

Código	Título	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	2.625	
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		2.625

¿POR QUÉ FRANQUICIAN LAS EMPRESAS? LA TEORÍA DE RECURSOS Y CAPACIDADES APLICADA AL SISTEMA DE FRANQUICIA

Ángeles Carsi Lluch

*Licenciada en Derecho y en Ciencias Empresariales por ICADE E-3
Investigadora en la Facultad de Empresariales de la Universidad Complutense.
Departamento de Estrategia (DEA)*

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 objetivo de este estudio es desarrollar un modelo explicativo de la propensión a franquiciar de las empresas desde la perspectiva de los recursos de que disponen tanto franquiciador como franquiciado. Nuestra primera pregunta de investigación, y punto de partida del presente análisis, ha sido ¿por qué franquician las empresas? A raíz de ello hemos investigado las teorías dominantes al respecto y analizado la evidencia empírica existente para acabar proponiendo la aplicación de una teoría muy conocida en el campo de la organización de empresas, que es la teoría de recursos y capacidades, pero prácticamente ignorada en lo que respecta a su aplicación al fenómeno de la franquicia. Teniendo en cuenta esta teoría, así como las aportaciones previas, especialmente las procedentes de la teoría de la escasez de recursos, elaboramos un modelo específico representado en cinco proposiciones. Nuestra valoración, una vez revisada la literatura sobre la creación de franquicias, es que la teoría de recursos y capacidades puede servir de marco teórico y empírico para entender el fenómeno de la franquicia, y de ahí que propongamos su aplicación a las mismas.

Palabras clave: franquicias, teoría de recursos y capacidades, teoría de la agencia y teoría de la escasez de recursos.

Fecha de entrada: 30-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 22-05-2017

WHY DO COMPANIES FRANCHISE? THE RESOURCES AND CAPABILITIES VIEW APPLIED TO FRANCHISE SYSTEMS

Ángeles Carsi Lluch

ABSTRACT

The objective of this study is to develop an explanatory model of the propensity to franchise companies from the perspective of the resources that both franchisor and franchisee have. Our first research question, and starting point of this analysis, has been «why do companies franchise? As a result, we have investigated the dominant theories and analyzed the existing empirical evidence to end up proposing the application of a well-known theory in the field of business organization, the theory of resources and capabilities, but practically ignored for franchises. Considering this theory, as well as the previous contributions, especially those coming from the theory of resource scarcity, we develop an specific model represented in five propositions. Our assessment, after reviewing the literature on the creation of franchises, is that the theory of resources and capabilities can serve as a theoretical and empirical framework to understand the phenomenon of franchising, and hence, we propose its application to them.

Keywords: franchises, resources and capabilities view, agency theory and scarcity resources theory.

Sumario

1. Definición de franquicia
2. Teorías que explican la decisión de franquiciar
 - 2.1. Teoría de la escasez de recursos
 - 2.1.1. Fundamentos
 - 2.1.2. Limitaciones de la teoría de escasez de recursos
 - 2.2. Teoría de la agencia
 - 2.2.1. Fundamentos
 - 2.2.2. Evidencia empírica de la teoría de la agencia
 - 2.2.3. Limitaciones de la teoría de la agencia
3. Aplicación de la teoría de recursos y capacidades a la franquicia
 - 3.1. La teoría de recursos y capacidades
 - 3.1.1. Fundamentos
 - 3.1.2. Los recursos en las alianzas estratégicas
 - 3.2. Recursos y capacidades en el sistema de franquicia
 - 3.2.1. Los recursos en la franquicia
 - 3.2.2. Evidencia empírica de la teoría de recursos y capacidades aplicada a la franquicia
4. Formulación de proposiciones
 - 4.1. Necesidad de recursos financieros
 - 4.2. Necesidad de información o *know how* local
 - 4.3. Necesidad de recursos de gestión
 - 4.4. La marca
 - 4.5. La capacidad de franquiciar
5. Conclusiones

Bibliografía

1. DEFINICIÓN DE FRANQUICIA

La franquicia ha sido analizada bajo múltiples puntos de vista, con distintos objetivos y desde distintas disciplinas teóricas, lo que dificulta su definición (BERMÚDEZ GONZÁLEZ, 2002; HOY y STANWORTH, 2003a; CROONEN, 2005; WINSOR, 2006). Para algunos autores se hace difícil definir con precisión lo que es una franquicia o qué relaciones específicas deberán englobarse bajo esta denominación (WINSOR, 2006). Esto ocurre porque la franquicia no encaja dentro de una única disciplina académica, sino que se extiende a campos como el derecho, marketing, economía, creación de empresas, dirección de recursos humanos, sociología, psicología y teoría organizativa (HOY y STANWORTH, 2003a; BARROS y PERRIGOT, 2005; INMA, 2005; TUUNANEN *et al.*, 2005). A los efectos de este estudio proponemos la siguiente definición de franquicia:

«la franquicia es una forma organizativa basada en una cooperación continuada y dinámica entre dos partes jurídicamente iguales e independientes, franquiciador y franquiciado. El franquiciador aporta el derecho a explotar una marca, un conocimiento o *know-how* y un concepto empresarial probado por los que el franquiciado, propietario de su negocio, paga una contraprestación en el marco de un contrato que regula las relaciones entre las partes».

De esta definición comentamos como puntos de interés:

- **La franquicia es un acuerdo de cooperación entre empresas independientes** (FERNÁNDEZ *et al.*, 2001; BERMÚDEZ, 2002; LAFONTAINE y RAYNAUD, 2002; BORDONABA y POLO, 2004; FERNÁNDEZ MONROY y MARTÍN SANTANA, 2005; INMA, 2005; WATSON *et al.*, 2005; VECIANA, 2005), **lo que implica la búsqueda de objetivos comunes de los miembros de la misma, relaciones estables a largo plazo, compromiso y confianza entre las partes, colaboración, compartir riesgos, búsqueda de la eficacia y eficiencia** (FRAZER, 2002; SASHI y KARUPPUR, 2002; BORDONABA y POLO, 2004; FERNÁNDEZ MONROY y MELIÁN ALZOLA, 2005; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2005). **Esta cooperación debe ser continuada a lo largo de toda la relación**, al inicio y a lo largo de la misma. La franquicia es un intercambio de relaciones comerciales, económicas y humanas, plasmadas en un contrato, que requiere de un alto grado de cooperación entre las dos partes.
- **La franquicia es algo más que un canal de marketing o de distribución; es una forma organizativa** al igual que lo es para muchos autores académicos (CASTRO-

GIOVANNI y JUSTIS, 2002; LAFONTAINE y RAYNAUD, 2002; MICHAEL, 2002; DANT y KAUFMANN, 2003; STANWORTH *et al.*, 2004; GARG *et al.*, 2005; WINSOR, 2006).

- **La relación entre las partes se debe plasmar necesariamente en un contrato** (ALONSO, 2003; Díez de Castro *et al.*, 2005); característica que la diferencia de otras formas organizativas similares que no exigen la existencia de un acuerdo contractual. En la franquicia el acuerdo formal se refleja en un documento de vital importancia y altamente específico. El contrato de franquicia recoge los términos y condiciones de la relación, que varían entre los diferentes sistemas de franquicia si bien los franquiciadores suelen ofrecer el mismo contrato de franquicia –la misma combinación de canon de entrada y *royalty*– a todos los potenciales franquiciados que se unan a la cadena en un determinado momento temporal (CHAUDHURI *et al.*, 2001). Los contratos también especifican la duración del acuerdo de franquicia, periodos de renovación y cláusulas de terminación. Una vez establecidos los términos del contrato de franquicia suelen permanecer a lo largo del tiempo.
- **Las partes en la franquicia son el franquiciador y el franquiciado.** El franquiciador es el propietario de activos intangibles que «alquila» al franquiciado (ERRAMILI *et al.*, 2002):
 - **Proporciona una marca.**
 - **Saber hacer o *know how*** (KALNINS y MAYER, 2004).
 - **Un negocio probado** (SEN, 2001).
 - **Apoyo al franquiciado** de dos formas (BARTHELÉMY, 2004): i) apoyo inicial, en aspectos tales como elección de local, negociación del alquiler y apoyo financiero y ii) apoyo continuado, como control de inventarios, proceso de datos, etc., sin que ello implique que este último pierda su independencia en la gestión.
- **Los franquiciadores elaboran las estrategias generales de negocio que deben poner en práctica los franquiciados.** Son responsables de transferir ideas de productos, herramientas de marketing y procedimientos operativos. Coordinan acciones con los franquiciados, resuelven posibles conflictos y gestionan el sistema de franquicia (SASHI y KARUPPUR, 2002). Establecen restricciones al comportamiento y supervisan la calidad de los servicios y de los establecimientos de sus franquiciados (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2005). Las decisiones de carácter estratégico las toma por lo general el franquiciador mientras que las decisiones de carácter operativo (decisiones de marketing, de recursos humanos, etc.) se dividen entre el franquiciador y el franquiciado (WINDSPERGER, 2004). Aunque los franquiciados son empresarios legalmente independientes, están sometidos a control por parte del franquiciador combinándose así la propiedad descentralizada de una serie de activos con la propiedad centralizada de la marca y el *know how* de la empresa.

- El franquiciado paga por ello unas contraprestaciones económicas por lo general en forma de **canon de entrada** (*up-front franchisee fee*) y *royalties* (KALNINS y MAYER, 2004).
 - El **canon de entrada** es un pago único que se abona solo al inicio del contrato dentro de un periodo de tiempo desde que se firma el contrato. Para el franquiciado se trata de una inversión altamente específica cuyo retorno depende de los esfuerzos futuros del franquiciador. Para el franquiciador el canon de entrada supone el reembolso de los costes incurridos en el inicio del negocio: ubicación, selección, cualificación y entrenamiento de nuevos franquiciados.
 - El **royalty** es un cargo variable por el que el franquiciador percibe un porcentaje de las ventas del franquiciado mientras dure la relación¹. El *royalty* es un incentivo para los franquiciadores para invertir en actividades que mejoran las ventas de los franquiciados ya que los franquiciadores se benefician directamente cuando los franquiciados tienen beneficios. El franquiciado recibe el beneficio residual de su establecimiento (ventas totales menos costes totales incluyendo el pago del *royalty*).
- **El franquiciado es propietario de su negocio** (FERNÁNDEZ, 2005) y es el responsable de los medios humanos y financieros que contrata y ante terceros de los actos realizados en la explotación del negocio. Los franquiciados suelen tener una relativa libertad en la gestión operativa diaria y en la gestión de los programas de marketing locales (ERRAMILI *et al.*, 2002; SASHI y KARUPPUR, 2002; WINDSPERGER, 2004), toman decisiones y proporcionan ideas sobre producción, distribución y marketing. Una de sus actividades claves es la búsqueda y retención de los buenos empleados (KETCHEN *et al.*, 2006). El franquiciado se beneficia de la experiencia del franquiciador a la vez que mantiene su independencia.

2. TEORÍAS QUE EXPLICAN LA DECISIÓN DE FRANQUICIAR

El tópico más debatido en la investigación sobre las franquicias es la razón por la cual una empresa escoge crecer y expandirse mediante la franquicia en lugar de hacerlo mediante establecimientos propios (FRAZER, 2002; DANT y KAUFMANN, 2003; INMA, 2005). **Las dos teorías dominantes que explican la motivación para franquiciar son la teoría de la escasez de recursos y la teoría de la agencia, ambas procedentes de la teoría económica** (INMA, 2005; WATSON *et al.*, 2005; KETCHEN *et al.*, 2006).

¹ El *royalty* por lo general se basa en las ventas y no en los beneficios. Para algunos autores esto se debe a que el franquiciador puede verificar las ventas de forma más sencilla que los beneficios (que se pueden ver afectados por imputaciones arbitrarias de costes).

2.1. TEORÍA DE LA ESCASEZ DE RECURSOS

2.1.1. Fundamentos

Esta teoría se inicia con el artículo seminal de OXENFELDT y KELLY (1969) publicado en el *Journal of Retailing* bajo el título «Will Successful Franchise Systems Ultimately Become Wholly-Owned Chains?» considerado por la gran mayoría de los autores como el trabajo de investigación que comenzó el debate de por qué las empresas franquician. Debido a ello, ha atraído una considerable atención por parte de los investigadores de una amplia variedad de disciplinas desde hace más de treinta años.

OXENFELDT y KELLY (1969) argumentan que las empresas franquician para acceder a aquellos recursos críticos que son escasos en las fases iniciales del desarrollo de sus cadenas a fin de poder expandirse rápidamente. Una asunción básica de esta teoría es que las empresas prefieren las unidades propias a las franquiciadas porque: i) proporcionan mayores beneficios por establecimiento; y/o ii) permiten un mayor control del sistema. No obstante, el deseo de alcanzar rápidamente economías de escala en compras y marketing para poder establecer y desarrollar su marca presiona a las empresas a expandirse a una tasa mayor de la que podría hacerse empleando recursos generados internamente. La franquicia es útil para un franquiciador sobre todo durante los primeros años de la empresa, «en su infancia y adolescencia» como literalmente indican OXENFELDT y KELLY (1969), ya que facilita que la empresa penetre en el mercado de forma rápida y amplia gracias a los recursos obtenidos alcanzando la masa crítica necesaria para generar economías de escala. La franquicia es, para esta teoría, un mecanismo diseñado para proporcionar a los franquiciadores los recursos necesarios para acelerar el crecimiento a fin de alcanzar una escala mínima eficiente y construir un capital de marca. La franquicia es un método de obtención de recursos más económico que el mercado y de bajo riesgo (INMA, 2005). El franquiciado es un proveedor eficiente, deseoso y oportuno de los recursos críticos que el franquiciador necesita (DANT y KAUFMANN, 2003; INMA, 2005).

Los recursos escasos críticos son de tres tipos: recursos financieros, recursos de información (conocimiento del mercado local y de la idoneidad de determinadas ubicaciones) y recursos de gestión (capital humano y talento directivo) (DANT y KAUFMANN, 2003; MICHAEL, 2002; COMBS *et al.*, 2004b; INMA, 2005). A continuación los analizaremos con mayor profundidad:

1. **Recursos financieros.** Las empresas emplean la franquicia porque simplemente no tienen acceso al capital necesario para expandirse mediante tiendas propias. Para JUSTIS y JUDD (1989) la razón única por la que se crean las franquicias es para permitir que el negocio se expanda con un capital limitado y un riesgo reducido. Gracias a la franquicia un franquiciador no tiene que proporcionar grandes sumas de dinero o contraer deuda para expandir su negocio hacia nuevas localidades, ya que el franquiciado proporciona capital para la expansión a través del canon de

entrada y del *royalty* (INMA, 2005; KETCHEN *et al.*, 2006) compartiendo riesgos con él (INMA, 2005).

Cuando las empresas son muy jóvenes y pequeñas se hace difícil conseguir el capital adecuado para crecer a través de los mercados financieros tradicionales (ej.: emitiendo acciones o deuda). Ello se debe a que los inversores en dichos mercados actúan sobre la base de la información pública disponible, por lo que no pueden saber *a priori* qué empresas actuarán en interés de sus inversores en el largo plazo. Es más los inversores en una cadena de establecimientos no tienen la seguridad de que los empleados que gestionan las tiendas individuales actuarán en el mejor interés de los inversores. Estas incertidumbres son las que llevan a los inversores pasivos a exigir una sobreprima para estas inversiones. Los franquiciados, por el contrario, pueden proporcionar capital a bajo coste porque poseen información privada sobre sus habilidades gerenciales y se involucran en la supervisión de la inversión diaria mucho más que un banco o un inversionista. El capital que proporcionan los franquiciados para financiar establecimientos no tiene sustitutos posibles, ya que los fondos provistos tienen tasas de intereses por debajo del precio del mercado (INMA, 2005) o porque el acuerdo de franquicia permite compartir riesgos eficientemente entre franquiciador y franquiciado.

2. **Recursos de información.** Cuando las empresas se expanden geográficamente deben identificar las ubicaciones adecuadas y evaluar las condiciones del mercado local tales como proveedores locales, estrategias de marketing adecuadas y preferencias de los consumidores. La adquisición de este conocimiento puede ser muy costosa para la empresa. Al emplear la franquicia en ubicaciones que no le son familiares, la empresa traslada la necesidad de entender las condiciones del mercado local a los franquiciados. En la mayoría de los casos los franquiciados proceden del mercado local y por ello tienen un mejor conocimiento de las necesidades y tendencias del mercado local (INMA, 2005) y pueden buscar de una manera más barata los mejores procesos de producción y estrategias de marketing a emplear bajo la marca del franquiciador. Decisiones como precios, horarios de apertura, publicidad local, salarios y localización que requieren de información local y capital humano se delegan a los franquiciados, quienes tienen un mejor conocimiento de la demanda local, los mercados de trabajo locales y sobre ubicaciones. Por ello la franquicia puede ser deseable si la empresa decide expandirse a nuevas regiones geográficas. Los franquiciados son una fuente importante de innovación y adaptación local para los franquiciadores.
3. **Recursos de gestión.** La escasez de habilidades directivas o de capital humano pueden ser una limitación mayor que la financiera para el crecimiento de la organización. La experiencia en gestión es valiosa porque la capacidad de una empresa de identificar, entrenar y supervisar a nuevos directivos es limitada. El tiempo requerido para contratar y desarrollar gerentes experimentados y comprometidos puede constituir un freno al crecimiento de la empresa. Contratar a directivos

competentes puede convertirse en un proceso largo porque todos los aspirantes poseen un incentivo para exagerar sus habilidades y el empleador no puede saber *a priori* qué potenciales directivos están diciendo o no la verdad. Además cuando una empresa se expande rápidamente, el periodo de tiempo para evaluar a los nuevos empleados se reduce, lo que puede resultar en una mala adecuación entre el trabajo y las capacidades del empleado. Si la empresa no tiene la capacidad de desarrollar a los gerentes locales que se necesitan para el crecimiento de la cadena, la franquicia es una forma de adquirir el capital humano y gerencial necesario para expandirse. Cuando una empresa franquicia no necesita establecer unos sistemas exhaustivos para identificar y luego supervisar a los directivos de las tiendas: debido a que los franquiciados deben invertir sus propios capitales en sus tiendas, solo aquellas personas que confían en sus capacidades de gestión, están motivadas y son competentes adquirirán una franquicia. Una vez seleccionados, los franquiciados estarán motivados para realizar bien actividades claves como encontrar y retener a los buenos empleados. Igualmente, supervisarán de cerca las actividades diarias porque estas tienen un impacto significativo en los resultados de sus establecimientos. La franquicia alivia las restricciones de capacidad impuestas por la disponibilidad limitada de experiencia gerencial, ya que los franquiciados pueden proporcionar esta capacidad de gestión a una empresa en rápido crecimiento con mayor rapidez.

En definitiva, la franquicia permite que la empresa en crecimiento rápido externalice parte de la función gerencial de la siguiente manera:

- La delegación de responsabilidad operacional a los propietarios-franquiciados deja las obligaciones de supervisión de los franquiciadores limitada a la política contractual. Por ello el franquiciado requerirá de una menor estructura jerárquica y menos personal para dirigirla.
- La necesidad de gerentes en los franquiciadores se puede reducir mediante el empleo de una franquicia multinivel. Por ejemplo: subfranquiciadores que pueden emplearse para supervisar a los franquiciados de sus territorios y compartir *royalties* con el franquiciador principal. Alternativamente el franquiciador puede retener las responsabilidades de supervisión pero contratar el reclutamiento local a un franquiciado máster cuyas habilidades de selección se gratifiquen con un porcentaje del *royalty*.
- La estandarización y réplica –dos características claves en la franquicia– reducen el riesgo e incertidumbre de nuevos negocios y, por ello, disminuirán el nivel gerencial necesario.
- Los periodos de arranque y desarrollo de cada nuevo negocio –las fases más intensivas en el uso de gerentes– serán responsabilidad de los equipos de especialistas del franquiciador, lo que permitirá que los gestores de la franquicia tengan una menor presión.

Si el sistema de franquicia tiene éxito, el paso del tiempo hará que todos estos recursos sean más accesibles para el franquiciador y por ello:

- Mejorará su capacidad financiera (bien por una mayor capacidad de endeudamiento o bien porque haya generado ingresos a través de las operaciones).
- Habrá acumulado y desarrollado sus propias bases de información sobre los mercados y habrá desarrollado un departamento de *real state* o búsqueda de localizaciones, con lo que tendrá recursos de información.
- Será más capaz de entrenar o bien adquirir el talento gerencial necesario para su expansión interna; esto es, adquirirá recursos humanos.

Cuando esto ocurra, la teoría de escasez de recursos predice que los sistemas de franquicias con éxito evolucionarán y terminarán siendo casi en su totalidad cadenas de grandes establecimientos propios. OXENFELDT y KELLY (1969), basándose en el modelo de ciclo de vida, consideran que la franquicia es un estadio temporal de la vida de las empresas, que en su madurez pasan a ser empresas verticalmente integradas. Los cambios en la elección del tipo de propiedad (propia/franquiciada) son un proceso dinámico. Desde esta perspectiva dinámica el argumento central de la teoría de escasez de recursos implica una preferencia por la propiedad directa y la sustitución de franquicias por unidades propias con el paso del tiempo. La franquicia se va reemplazando por propiedad directa a medida que la empresa tenga acceso a los recursos necesarios para adquirir las unidades franquiciadas (este proceso de recompra se denomina en la literatura académica «*ownership redirection*» o «redirección de la propiedad»).

Esta sustitución puede ser prospectiva (esto es, se abren nuevos establecimientos con propiedad directa cuando en otras épocas de la historia de la compañía se abrían como franquiciados); o retrospectiva (los establecimientos franquiciados se convierten en propiedad de la compañía franquiciadora) si bien la sustitución completa no es probable ya que los establecimientos con baja rentabilidad o ubicación en zonas aisladas pueden hacer que su readquisición no sea económica² (DANT y KAUFMANN, 2003). Al final del proceso, la empresa grande y madura se transforma en un sistema de propiedad total.

Aunque esta «redirección de la propiedad» puede a veces ser el resultado de un comportamiento oportunista del franquiciador también es consistente con el deseo natural de los franquiciados de vender sus inversiones y retirarse (OXENFELDT y KELLY, 1969). La relación entre madurez de los sistemas y cambios en las elecciones sobre propiedad son una parte intrínseca de esta teoría y ha dado lugar a una abundante corriente de investigación sobre el tema.

² O bien porque no sea posible su readquisición con base en el contrato de franquicia, ya que muchos tienen una duración superior a 15 años (HUNT, 1973).

2.1.2. Limitaciones de la teoría de escasez de recursos

La teoría de OXENFELDT y KELLY (1968) ha suscitado intensos debates en la literatura académica, recibiendo severas críticas desde el punto de vista conceptual y empírico.

La mayor controversia se ha centrado en cuestionar si la escasez de capital puede ser un factor independiente que motive el uso de la franquicia, ya que asume que el capital de los franquiciados es menos caro que el capital de fuentes pasivas como prestamistas y accionistas. Para algunos autores la teoría de escasez de recursos se enfrenta a la teoría financiera, ya que la expansión financiera es más eficiente vendiendo acciones de la empresa. El capital de los franquiciados se considera demasiado caro porque, a diferencia de los proveedores pasivos de capital, los franquiciados no pueden diversificar su riesgo; deben dedicar todo su capital a uno o unos pocos establecimientos. Consecuentemente los franquiciados racionales demandarán una prima por riesgo sobre su capital por encima de la que pueden esperar los inversores pasivos. Una empresa podría conseguir capital a un menor coste a través de los inversores pasivos (accionistas y prestamistas) cuyas inversiones estén diversificadas en toda la cadena de tiendas. Por ello, el valor de la compañía será mayor si vende derechos residuales sobre toda la organización más que sobre las unidades franquiciadas individuales por menor riesgo en la prima. No hay razón, por tanto, para considerar a los franquiciados como una fuente de capital.

Este argumento ha sido, no obstante, rebatido por otros investigadores que consideran que el capital de los franquiciados puede no implicar una prima por riesgo y ser por ello una fuente competitiva de capital: i) porque los franquiciados tienen un poderoso incentivo financiero al invertir su propio capital y ponerlo en riesgo mientras que los gerentes de los establecimientos propios no asumen tal riesgo. Los inversores pasivos pueden reconocer esta diferencia de motivación y demandar una prima por riesgo antes de invertir en cadenas con tiendas propias, haciendo que el capital de los franquiciados tenga un menor coste y ii) los inversores pasivos confían en la información pública en lo que respecta a las intenciones futuras y habilidades de las empresas por lo que tienen una mayor incertidumbre en lo que se refiera a las habilidades de los directivos lo cual incrementa el retorno de capital requerido por los inversores pasivos (MARTIN y JUSTIS, 1993). Los franquiciados, por su parte, poseen información privada sobre sus propias habilidades e intenciones, por lo cual pueden suministrar capital a un coste menor que los inversores pasivos. En esencia, los franquiciados pueden tener una mayor confianza en ellos mismos que la que los inversores pasivos pueden tener en una empresa, lo que sugiere que estos últimos pueden pedir una mayor prima por riesgo.

Este debate no ha sido aclarado con los estudios empíricos posteriores: por una parte, algunos autores obtenían evidencias de que la franquicia aumentaba en respuesta a la escasez de capital; por otra, los estudios que investigan la relación entre el uso de la franquicia y los cambios en los tipos de interés (una medida de la escasez de capital en la economía) no apoyan de forma consistente la noción de que la escasez de capital lleva a la franquicia (MARTIN y JUSTIS, 1993).

Para finalizar con las críticas referentes al capital, esta teoría no explica:

- Por qué se usa la franquicia en negocios en los que claramente existe un pleno acceso a los mercados de capitales (INMA, 2005).
- El hecho de que algunos franquiciadores proporcionan a sus franquiciados capital inicial para establecer su negocio (CHAUDHURI *et al.*³, 2001). En España hay franquiciadores como McDonald's que proporciona siempre el local y se encarga de la inversión inmobiliaria y de constitución.
- Otros estudios han rebatido las teorías de la escasez de recursos en varios de sus principios, tales como la relación inversa entre tamaño y edad y proporción de establecimientos franquiciados. Así:
 - Hay autores para los que la franquicia no solo es cosa de empresas pequeñas y jóvenes. Existen muchas corporaciones grandes y cotizadas en bolsa que franquician, como es el caso de McDonald's.
 - Para otros autores, los franquiciadores de más edad emplean más la franquicia que los jóvenes.
 - Y para otros la franquicia es el modo preferido de operar incluso en sistemas grandes y establecidos y no la propiedad directa tal y como presupone esta teoría.

Como antes veíamos, los franquiciadores frecuentemente citan escasez de capital para justificar su uso de la franquicia (DANT, 1995) por lo que el poco apoyo empírico para la teoría de escasez de recursos es sorprendente. Los investigadores han ofrecido tres explicaciones para ello:

- SHANE (1998a) obtuvo evidencia de que algunas relaciones de escasez de recursos (tamaño y crecimiento) no son lineales. Una relación similar se ha encontrado con la edad. Mucha de la investigación empírica ha ignorado la dimensión no lineal de la teoría según la cual la propensión a franquiciar se supone que aumenta inicialmente y después disminuye.
- La escasez de recursos parece afectar solo a una pequeña parte de empresas (CARNEY y GEDAJOVIC, 1991).
- La escasez de capital explica la variación en franquiciar solo tras mantener constantes las variables basadas en la agencia (COMBS y KETCHEN, 1999b).

³ En Estados Unidos 89 franquiciadores de *fast food* de un total de 157 incluidos en la revista *Entrepreneur Magazine 21st Annual Franchise 500* del año 2000 proporcionaban financiación a los franquiciados. Esta financiación incluye la inversión inicial y/o préstamos para compra de equipos.

Cabe señalar, tal y como acertadamente indican CASTROGIOVANNI *et al.* (2006b), que una de las razones por las cuales las investigaciones sobre esta teoría han sido poco concluyentes hasta la fecha se debe a que así como la teoría de escasez de recursos es una teoría dinámica, muchos de los análisis empíricos sobre la teoría se han centrado en la relación entre disponibilidad de recursos y la proporción general de establecimientos franquiciados de un franquiciador, sin considerar la dirección en la que se mueve el *mix* de establecimientos propios y franquiciados. La mezcla de unidades propias y franquiciadas en un punto determinado del tiempo es el resultado de las decisiones previas sobre la franquicia, algunas de las cuales se pueden haber basado en diferentes recursos. Es más, un *mix* determinado no suele cambiar rápidamente debido a la naturaleza de los contratos de franquicia que suelen ser a largo plazo. Por ello la proporción de unidades franquiciadas por un franquiciador grande, por ejemplo, puede reflejar en gran parte decisiones que se tomaron cuando la empresa era mucho más pequeña. Consecuentemente, un franquiciador grande puede tener una alta proporción de unidades franquiciadas en su *mix* total debido a decisiones de franquicia tomadas en el pasado, incluso si en la actualidad está apoyándose en la propiedad directa para sus esfuerzos de expansión.

2.2. TEORÍA DE LA AGENCIA

2.2.1. Fundamentos

La teoría de la agencia proporciona una explicación alternativa para la franquicia y un marco conceptual menos controvertido que la teoría de escasez de recursos (GARG y RASHEED, 2003; CASTROGIOVANNI *et al.*, 2006a).

«Definimos una relación de agencia como un contrato bajo el cual una o más personas (el/los principal/les) involucran a otra persona (el agente) para llevar a cabo algún servicio en su nombre lo cual implica delegar la autoridad en la toma de decisiones al agente. Si ambas partes de la relación maximizan su utilidad hay una buena razón para creer que el agente no siempre actuará en el mejor interés del principal» (JENSEN y MECKLING, 1976, pág. 5).

El objetivo de esta teoría es determinar el contrato más eficiente que gobierne una relación de principal-agente, si bien la mayoría de los modelos de agencia definen la eficiencia desde el punto de vista del principal, ya que asumen que este es la parte dominante en la relación. Por tanto, un contrato eficiente es aquel que proporciona el mejor resultado posible para el principal ante las restricciones impuestas por la situación, en lugar de aquel que maximice la utilidad conjunta de agente y principal.

La teoría de la agencia se ocupa de resolver dos problemas que pueden ocurrir en las relaciones de agencia:

1. El *problema de agencia*⁴ que surge cuando i) los deseos u objetivos del principal y el agente entran en conflicto (divergencias de objetivos principal-agente) y ii) el principal no puede determinar si el agente se ha comportado de manera adecuada (asimetrías de información). En la literatura se destacan dos aspectos del problema de agencia:
 - Riesgo moral (*moral hazard*) que se produce por la falta de esfuerzo por parte del agente. El agente disminuye su rendimiento (*shriking* o cambio de trabajo por ocio) y el principal no está seguro de si el agente ha puesto su máximo esfuerzo.
 - Selección adversa (*adverse selection*) o la incertidumbre respecto de las características de un individuo. Se produce por la tergiversación de una habilidad o capacidad por parte del agente. El agente puede declarar tener ciertas habilidades al ser contratado. La selección adversa se produce porque el principal no puede verificar por completo dichas habilidades bien en el momento de la contratación bien cuando el agente está trabajando.

Por todo ello el principal debe gastar recursos (los llamados «costes de agencia») para asegurarse de que los agentes actúan en su interés y no reducen su esfuerzo. Los principales tienen dos herramientas básicas a su disposición para asegurarse esta cooperación del agente:

- Observación directa, control o supervisión del comportamiento del agente.
 - Incentivos ligados a los resultados de los agentes.
2. *Problema de riesgo compartido*, que surge cuando el principal y el agente tienen actitudes diferentes hacia el riesgo. El problema aquí es que el principal y el agente pueden preferir acciones diferentes debido a las diferentes preferencias por el riesgo. Un individuo con aversión al riesgo prefiere la seguridad y por ello busca garantías en la obtención de los resultados deseados o seguridad en el caso de no lograrlos. Un individuo neutral al riesgo es indiferente a la seguridad o a la aventura. Por lo general en los modelos de agencia se asume que el principal es neutral al riesgo mientras que el agente tiene aversión al riesgo porque no puede diversificar sus fuentes de ingreso (su empleo) mientras que los principales sí pueden diversificar sus inversiones.

La relación franquiciador-franquiciado es un caso clásico de relación de agencia, al igual que las relaciones entre el gerente de una cadena y los supervisores que contrata para cada tienda. Los acuerdos de franquicia involucran a una parte (el franquiciador, el principal) que concede derechos

⁴ En cursiva en el original.

exclusivos a otra parte (el franquiciado, el agente) para la venta local de un producto o servicio bajo su marca. La empresa se enfrenta a la elección entre tener tiendas propias gestionadas por gerentes con salarios fijos a los que hay que supervisar o bien tener franquicias en las que se comparten los beneficios con los franquiciados. Por todo ello la teoría de la agencia considera que la franquicia es una respuesta efectiva al problema principal-agente: ¿cómo evitar el problema de disminución del rendimiento o *shrinking* por parte de los agentes sin incurrir en mayores costes de supervisión?

Teoría de la agencia aplicada a la franquicia	
Idea clave	Las relaciones franquiciador-franquiciado deberían reflejar una organización eficiente en costes de información y riesgos compartidos
Unidad de análisis	Contrato de franquicia entre el franquiciador y franquiciado
Asunciones humanas	Egoísmo Racionalidad limitada Aversión al riesgo
Asunciones organizativas	Conflicto de objetivos parcial entre participantes Eficiencia como el criterio de efectividad Asimetría de información entre franquiciador y franquiciado
Asunción de información	La información es un <i>commodity</i> que se puede comprar
Problemas contractuales	Agencia (riesgo moral y selección adversa) Riesgo compartido
Ámbito del problema	Relaciones en las que el franquiciador y el franquiciado tienen objetivos y preferencias por el riesgo diferentes en parte (ej.: salarios, inversión en publicidad local)
Fuente: elaboración propia.	

Desde una perspectiva de agencia, los franquiciadores racionales actuarán para maximizar el valor de su sistema de operación a través de minimizar costes de supervisión de las actividades de sus unidades. El punto en que la franquicia se hace superior a la propiedad corporativa es aquel en el que el coste marginal de supervisar las unidades propias es mayor que el coste marginal de emplear contratos de franquicia.

Por ello la franquicia es una forma organizativa eficiente que minimiza los costes de agencia ya que emplear franquiciados en lugar de empleados gerentes en los establecimientos reduce los costes de supervisión y proporciona incentivos de alto nivel a los mismos de forma que los objetivos entre los principales franquiciadores y los agentes franquiciados están más alineados. Los franquiciados son propietarios-gerentes de su establecimiento: son propietarios de los activos, soportan el riesgo que conllevan sus decisiones y ganan los beneficios que generan sus estable-

cimientos (menos el *royalty* o canon que tengan que pagar al franquiciador), lo que se conoce en la literatura como incentivos de alto nivel o *high-powered incentives*. Los gerentes contratados de los establecimientos propios reciben por lo general un salario fijo con algún tipo de incentivo (bonus, subidas salariales, etc.) que en la literatura se conocen como incentivos de bajo nivel o *low-powered incentives*; no tienen derechos de propiedad sobre los activos de la empresa, no soportan el riesgo de sus decisiones y por ello sus objetivos no están alineados tan estrechamente con los del principal. Debido a ello, los gerentes de los establecimientos propios deben ser supervisados de forma más cercana que los franquiciados porque existe un mayor riesgo de que disminuyan su rendimiento (lo que se conoce como *shirking* o cambiar trabajo por ocio) o que se apropien indebidamente de emolumentos (lo que se conoce como *perquisite-taking*).

Pero la franquicia, si bien alivia costes de supervisión, genera otros costes de agencia que se conocen como *free riding* o aprovechamiento (BARTHELÉMY, 2004; KETCHEN *et al.*, 2006). Por *free riding* se entiende «aquellas situaciones en las que los individuos dejan de participar en actividades rentables para la colectividad ante la falta de coerción o de una inducción individual». Aunque los incentivos a nivel de empresa y a nivel de establecimiento están mejor alineados en la franquicia que en la propiedad directa, solo están alineados de forma imperfecta ya que los franquiciadores se benefician de los *royalties* que reciben sobre las ventas de todo el sistema mientras que los franquiciados solo reciben el beneficio de su establecimiento (SHANE, 1998b). Esta alineación imperfecta crea incentivos para que los franquiciados se aprovechen y realicen actividades que maximicen el beneficio de su establecimiento a expensas de las ventas de todo el sistema de franquicia. Los franquiciados pueden realizar actividades que supongan para ellos una reducción de costes (y por tanto, un mayor beneficio): i) no cuidar la calidad de los productos o servicios que ofrecen; no poner en marcha promociones ya que implican un coste (KETCHEN *et al.*, 2006); ii) reducir personal y otros *inputs*; iii) no cuidar la marca, sobre todo en los casos en que los consumidores no puedan «disciplinar» a los establecimientos, lo que sería el caso de negocios de no repetición (clientes ocasionales o de no repetición, como puede haber junto a las autopistas).

El *free riding* o comportamiento oportunista también lo pueden realizar los franquiciadores: 1) situando los establecimientos demasiado juntos; 2) finalizando la franquicia para reabrir un establecimiento con un franquiciado en la misma localidad; 3) forzando a los franquiciados para comprar *inputs*; 4) apropiándose indebidamente de *royalties*; 5) redactando el contrato de la franquicia de forma que favorezca al franquiciador en las disputas; 6) disminuyendo el apoyo y entrenamiento al franquiciado, así como el apoyo a la marca a través de la publicidad. Esta posibilidad de comportamiento oportunista por ambas partes se conoce como «problema de riesgo moral bilateral».

2.2.2. Evidencia empírica de la teoría de la agencia

A diferencia de la teoría de escasez de recursos, son abundantes los estudios que validan empíricamente muchos de los principios de la teoría de la agencia aplicados a la franquicia (INMA, 2005; CASTROGIOVANNI *et al.*, 2006a).

2.2.3. Limitaciones de la teoría de la agencia

La teoría de la agencia ha sido cuestionada al no poder explicar algunos fenómenos que ocurren en la realidad:

- Muchas compañías frecuentemente mantienen puntos de venta propios y franquiciados a la vez en cercanía. Lo podemos denominar *distribución dual* o *forma plural*: tener dos puntos de venta idénticos en el mismo mercado con diferentes formas de propiedad implica que las diferencias en costes de supervisión no están influyendo en la decisión de franquiciar. Una explicación potencial para este fenómeno es que los establecimientos franquiciados y los propios forman una simbiosis que mejora el resultado.
- Tampoco es adecuada para explicar un fenómeno muy habitual: los multifranquiciados. En muchas cadenas de franquicias hay franquiciados con múltiples tiendas que deben contratar gerentes para cada una de sus tiendas, lo cual traslada el problema de agencia del franquiciador al franquiciado con múltiples puntos de venta (KALNINS y LAFONTAINE, 2004).
- Tampoco puede explicar el fenómeno de las empresas jóvenes que comienzan a franquiciar: una asunción clave que hace esta perspectiva es que las compañías que franquician tienen una marca conocida, lo que ayuda a los consumidores a tener seguridad respecto de la calidad del producto. Pero la realidad es que muchas empresas pequeñas y jóvenes que no tienen ni un nombre de marca reconocido ni una calidad de producto uniforme, franquician. Tanto el capital de marca como la experiencia técnica son activos específicos de las empresas, lo cual requiere de un esfuerzo de gestión para desarrollar.

La teoría de la agencia otorga un papel muy reducido al franquiciado: se hace mucho énfasis en la disminución de los costes de oportunismo y de supervisión a través de la franquicia, y se ignora el hecho de que los franquiciados también se involucran en resolver problemas de forma creativa y en la toma de decisiones tácticas. Hay autores que consideran que los franquiciados deberían ser considerados como una parte «inteligente» de la relación y no solo como unos meros ejecutores de los objetivos del franquiciador ya que realizan contribuciones de gran importancia para el éxito de la franquicia.

3. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE RECURSOS Y CAPACIDADES A LA FRANQUICIA

El objetivo de este capítulo es formular unas proposiciones que nos permitan explicar el papel desempeñado por los recursos de las empresas, así como de sus franquiciados, en su pro-

pensión a utilizar la franquicia como método de crecimiento. Con este propósito el capítulo elabora, en primer lugar, un marco de estudio a partir de la teoría de recursos y capacidades (TRC) –epígrafe 3.1–. Aunque son muchos los trabajos que apuntan la valiosa contribución que la TRC puede tener para explicar la franquicia (COMBS y KETCHEN, 1999b; COMBS *et al.*, 2004a), son pocos los estudios que la han aplicado de manera específica. Posteriormente –epígrafe 3.2– realizamos un análisis de los recursos que juegan un papel relevante en el sistema de franquicia y analizamos la evidencia previa. Finalmente, en el epígrafe 4, presentamos nuestro modelo explicativo del sistema de franquicia sintetizado en cinco proposiciones.

3.1. LA TEORÍA DE RECURSOS Y CAPACIDADES

3.1.1. Fundamentos

La teoría de recursos y capacidades surge a finales de los ochenta como un marco teórico alternativo para entender cómo se logra la ventaja competitiva en las empresas y cómo se puede mantener tal ventaja a lo largo del tiempo.

A diferencia de las teorías que basaban el resultado de la empresa en el posicionamiento producto-mercado y en el ejercicio del poder de mercado, la TRC reconoce la importancia de la empresa como unidad de análisis y como forma de explicar las diferencias de rentabilidad obtenidas por empresas pertenecientes al mismo sector. La empresa y sus recursos se convierten en el elemento central del análisis poniéndose énfasis en los aspectos internos de la misma. La empresa se define como un conjunto de recursos y capacidades, a la vez que se investiga cuáles son las verdaderas raíces de las ventajas competitivas, lo cual permite justificar la formulación de una determinada estrategia empresarial. Las diferencias de resultados de las empresas se explican por diferente dotación de recursos de las mismas. En la **tabla 1** se recogen las principales asunciones y predicciones de esta teoría.

Aparece así la «*resource-based view of the firm*» o enfoque basado en los recursos, también denominada teoría de recursos y capacidades; perspectiva basada en los recursos y teoría basada en los recursos, «*resource based theory*».

3.1.2. Los recursos en las alianzas estratégicas

En este trabajo definimos las franquicias como un **tipo de alianza entre una empresa franquiciadora y sus franquiciados**. Por ello, el estudio de las alianzas estratégicas desde la perspectiva de recursos y capacidades es una primera aproximación de gran utilidad para elaborar el modelo específico de este trabajo. Conclusiones y evidencias previas aplicadas a las alianzas son empleadas para comprender el sistema de franquicias.

Las alianzas estratégicas son «acuerdos de cooperación voluntarios entre dos o más organizaciones independientes que implican el compartir, intercambiar o codesarrollar recursos con la

finalidad de lograr una ventaja competitiva para los socios». La teoría de recursos y capacidades se ha convertido en una de las perspectivas teóricas más utilizadas en los últimos años para explicar la formación y gestión de alianzas. De acuerdo con estos autores, existen tres mecanismos por los que la empresa puede adquirir recursos:

1. Mercados (comprando recursos o contratando personas de otras organizaciones con el conocimiento que se necesita).
2. Jerarquías (creándolos internamente).
3. Relaciones interorganizativas (a través de combinaciones de recursos y/o capacidades complementarias).

Las empresas emplean las alianzas para conseguir la mejor configuración de recursos posible en la que el valor de los recursos se maximiza respecto de otras posibles combinaciones. Hay autores que indican que la decisión de formar una alianza implica tres consideraciones: i) la empresa no posee la totalidad de los recursos y capacidades necesarios para obtener una ventaja competitiva y no los puede desarrollar internamente en un tiempo aceptable y a un coste razonable, por lo que debe buscar más allá de sus fronteras o límites; ii) las transacciones del mercado no pueden transmitir el conocimiento que la empresa requiere ya que en los mercados solo se transmite el conocimiento explícito, como puede ser el de una patente; iii) adquirir e integrar plenamente otra empresa que posee los recursos necesarios no es posible. Desarrollar internamente los recursos es un proceso caro e incierto y no asegura la adquisición plena de los mismos. Adquirir otra empresa puede traer consigo los activos físicos, pero la sinergia potencial de los recursos humanos y organizativos puede desaparecer bajo la nueva entidad. Desde la teoría de recursos y capacidades, las colaboraciones o alianzas entre empresas son especialmente valiosas cuando proporcionan a las empresas un camino para obtener rentas extraordinarias sostenibles en situaciones en las que lograr la ventaja competitiva requiere una combinación sinérgica de recursos que la empresa no puede comprar a través de una transacción de mercado o desarrollar internamente en tiempo y con el coste adecuado.

Hay dos motivos relacionados pero diferentes para que las empresas empleen alianzas estratégicas. Un primer motivo es la **obtención de recursos**. Las empresas pueden usar la cooperación, y en especial las alianzas, para obtener los recursos poseídos por otras empresas que son valiosos y esenciales para conseguir la ventaja competitiva (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2005).

Junto con obtener recursos, un segundo motivo para establecer alianzas es **retener recursos propios** valiosos dentro de la empresa⁵. Las alianzas estratégicas pueden retener dentro de la empresa aquellos recursos que están infrautilizados internamente. Otros autores indican que, para evitar que el *know how* desaparezca, las empresas en ocasiones tienen que aliarse con otras

⁵ Lo que AHUJA (2000) denomina «oportunidades para la cooperación» para diferenciarlo de los «inductores a la cooperación», que sería la necesidad de recursos.

para dar la oportunidad de seguir empleando tales capacidades. Por ello las alianzas estratégicas se preferirán cuando el valor actual descontado del empleo de esos recursos en el futuro sea mayor que el valor realizado de vender esos recursos en el presente. Mientras que obtener recursos se relaciona con crear ventaja competitiva, retener recursos se relaciona con mantener la ventaja competitiva en el tiempo.

Mediante las alianzas las empresas buscan establecer un conjunto de recursos⁶ valiosos, raros y difíciles de imitar. Hay autores que sugieren que los socios pueden proporcionar a la alianza al menos cuatro categorías de recursos potencialmente importantes: financieros (disponibilidad de capital), tecnológicos (el *know how* secreto o capacidad de I+D. Ejemplo, las patentes), físicos (materias primas, capacidad de producción y canales de distribución) y de gestión (personas de nivel alto en la empresa y las habilidades necesarias para gestionar de manera efectiva el negocio).

3.2. RECURSOS Y CAPACIDADES EN EL SISTEMA DE FRANQUICIA

3.2.1. Los recursos en la franquicia

La franquicia es una alianza estratégica entre dos empresas independientes, franquiciador y franquiciado para conseguir ventajas competitivas sostenibles para ambas partes. Los sistemas de franquicia proporcionan a ambas partes recursos y capacidades valiosos, raros, imperfectamente imitables y no sustituibles que por sí solos no podrían alcanzar consiguiendo de esta forma una ventaja competitiva para ambos. Tal ventaja competitiva para el franquiciador incluye acceder al mercado, obtener capital de bajo coste y reducir el riesgo de bajo rendimiento o *shrinking* de los empleados, así como desarrollar innovaciones. Por el lado del franquiciado su ventaja competitiva radica en el acceso a un concepto de negocio probado y economías de escala.

El uso de la franquicia, al igual que otras formas de cooperación, es una alternativa a emplear siempre que no sea posible el desarrollo interno o la adquisición en el mercado de los recursos requeridos. Por ello, podemos decir que las empresas franquician con la finalidad de obtener/retener recursos que les son necesarios para la consecución y mantenimiento de una ventaja competitiva sostenible y que no pueden lograr por sí mismas. Podemos señalar dos motivos que pueden ayudar a explicar la pensión a franquiciar de las empresas:

- **Obtención de recursos.** La literatura sobre franquicias identifica tres tipos de recursos que el franquiciador busca al franquiciar: recursos financieros, recursos de información (conocimiento del mercado local y de la idoneidad de determinadas ubicaciones) y recursos de gestión (capital humano y talento directivo) (DANT y KAUFMANN, 2003; COMBS *et al.*, 2004b; INMA, 2005). De esta forma el franquiciado se convierte

⁶ En el original «*resource bundle*».

en un proveedor eficiente, deseoso y oportuno de los recursos que el franquiciador necesita (DANT y KAUFMANN, 2003; INMA, 2005).

- **Retención de recursos.** Los franquiciadores son propietarios de un recurso intangible de gran valor, la marca, que mediante la franquicia pueden retener para sí y fortalecer. El crecimiento mediante la franquicia tiene dos efectos positivos sobre la marca: i) aumento del conocimiento de marca debido a una mayor visibilidad de la misma al existir más establecimientos (BERMÚDEZ, 2002; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2005), y ii) se producen economías de escala en compras y marketing que permiten reforzar la marca con mayores inversiones en publicidad y promociones (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2005; VECIANA, 2005).

Otro recurso que las empresas pueden desear retener es la capacidad de gestionar franquicias (capacidad que sería análoga a la capacidad de gestionar alianzas o *alliance management capability*). Como señalan CASTROGIOVANNI *et al.* (2006a) algunas empresas desarrollan unas capacidades únicas y valiosas gestionando franquiciados (ej.: McDonald's) que pueden ser parte de la ventaja competitiva de una empresa.

3.2.2. Evidencia empírica de la teoría de recursos y capacidades aplicada a la franquicia

Como ya hemos apuntado anteriormente, son muy pocos los estudios empíricos que han aplicado la TRC a las franquicias. A continuación, en la tabla, resumimos los estudios que conocemos en esta línea de investigación con la finalidad de analizar si alguno de ellos nos puede aportar algo nuevo en lo que respecta a la propensión a franquiciar de las empresas. Destacamos la conclusión de la investigación de COMBS y KETCHEN (1999a) en lo que respecta a la marca: las empresas sin marca conocida emplean más la cooperación (franquicia) que las que sí la tienen. Son muchos los autores que han destacado como la franquicia permite la construcción de marcas de una forma rápida. Dado que la franquicia permite una penetración de mercado más rápida que el crecimiento interno (BERMÚDEZ, 2002; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2005; VECIANA, 2005), consi-gue que las marcas se consoliden antes por la mayor visibilidad de las mismas al estar presente en más puntos de venta y por las economías de escala que se producen en publicidad y promociones. Las empresas, por tanto, franquician para obtener una marca conocida.

Estudios empíricos que relacionan franquicias con TRC							
Estudios	Datos	Muestra	Variable dependiente	Variable independiente	H	*	Resultado
COMBS y KETCHEN (1999a)	Secundarios Transversales Desagregados	94 cadenas res- taurantes coti- zadas en bolsa	Cooperación (franquicia o <i>joint venture</i>)	• Reputación de marca	-	Sí	Las cadenas con marcas desconocidas y poco capital disponible tienen una mayor propensión a cooperar. La experiencia de la alta dirección no afecta a la cooperación.
				• Alta dirección con experiencia y conocimientos en el sector	-	No	Las empresas con alto nivel de recursos emplean la cooperación solo si les ayuda a minimizar sus costes. Las empresas con bajo nivel de recursos cooperan independientemente del coste de la cooperación, lo que indica que las empresas dan prioridad a las consideraciones de recursos a la hora de decidir si cooperar o no.
				• Capital líquido disponible	-	Sí	Las empresas con alto nivel de recursos emplean la cooperación solo si les ayuda a minimizar sus costes. Las empresas con bajo nivel de recursos cooperan independientemente del coste de la cooperación, lo que indica que las empresas dan prioridad a las consideraciones de recursos a la hora de decidir si cooperar o no.
				• Alto nivel de recursos y alto coste de cooperación	-	Sí	Las empresas con alto nivel de recursos emplean la cooperación solo si les ayuda a minimizar sus costes. Las empresas con bajo nivel de recursos cooperan independientemente del coste de la cooperación, lo que indica que las empresas dan prioridad a las consideraciones de recursos a la hora de decidir si cooperar o no.
				• Bajo nivel de recursos y alto coste de cooperación	+	Sí	Las empresas con alto nivel de recursos emplean la cooperación solo si les ayuda a minimizar sus costes. Las empresas con bajo nivel de recursos cooperan independientemente del coste de la cooperación, lo que indica que las empresas dan prioridad a las consideraciones de recursos a la hora de decidir si cooperar o no.
				• Alto nivel de recursos y bajo coste de cooperación	+	Sí	Las empresas con alto nivel de recursos emplean la cooperación solo si les ayuda a minimizar sus costes. Las empresas con bajo nivel de recursos cooperan independientemente del coste de la cooperación, lo que indica que las empresas dan prioridad a las consideraciones de recursos a la hora de decidir si cooperar o no.
				• Bajo nivel de recursos y alto coste de cooperación	+	Sí	Las empresas con alto nivel de recursos emplean la cooperación solo si les ayuda a minimizar sus costes. Las empresas con bajo nivel de recursos cooperan independientemente del coste de la cooperación, lo que indica que las empresas dan prioridad a las consideraciones de recursos a la hora de decidir si cooperar o no.
	Resultado: financiero (ROA)		• Reputación de marca	+	Sí	Las empresas con marcas conocidas tienen una ventaja en resultado (ROA), aunque no se refleja en el valor de mercado. Una marca conocida y respetada	
						.../...	

Estudios empíricos que relacionan franquicias con TRC							
Estudios	Datos	Muestra	Variable dependiente	Variable independiente	H	*	
			Resultado				
...			<ul style="list-style-type: none"> Alta dirección con experiencia y conocimientos en el sector 	<ul style="list-style-type: none"> Alta dirección con experiencia y conocimientos en el sector 	+	No	<p>puede implicar una ventaja competitiva porque reduce la incertidumbre en los compradores.</p> <p>La experiencia de la alta dirección no parece ser suficiente para producir un mejor resultado.</p>
			<ul style="list-style-type: none"> Reputación de marca Alta dirección con experiencia y conocimientos en el sector 	<ul style="list-style-type: none"> Reputación de marca Alta dirección con experiencia y conocimientos en el sector 	+	No	
			<ul style="list-style-type: none"> Sistemas de control de la cadena de franquicia Habilidades humanas desarrolladas por el franquiciado en la relación con los clientes Relación entre franquiciado y franquiciador 	<ul style="list-style-type: none"> Sistemas de control de la cadena de franquicia Habilidades humanas desarrolladas por el franquiciado en la relación con los clientes Relación entre franquiciado y franquiciador 	+	Sí	<p>La relación entre franquiciador y franquiciado es la capacidad clave en el sistema de franquicia ya que impacta simultánea y positivamente sobre el resultado económico y la calidad del servicio al cliente.</p>
			<ul style="list-style-type: none"> Resultados económicos 	<ul style="list-style-type: none"> Resultados económicos 	+	No	
			<ul style="list-style-type: none"> Calidad de servicio al cliente 	<ul style="list-style-type: none"> Sistemas de control de la cadena de franquicia 	+	No	...
DÍAZ BERNARDO, (2000)	Primarios Transversales Desagregados	148 franquiciados propietarios de España	Resultado financiero (ROA) (cont.)	<ul style="list-style-type: none"> Alta dirección con experiencia y conocimientos en el sector 	+	No	
			Resultado de mercado (relación valor contable y valor de mercado)	<ul style="list-style-type: none"> Reputación de marca Alta dirección con experiencia y conocimientos en el sector 	+	No	
			Resultado económico	<ul style="list-style-type: none"> Sistemas de control de la cadena de franquicia Habilidades humanas desarrolladas por el franquiciado en la relación con los clientes Relación entre franquiciado y franquiciador 	+	Sí	
			Calidad de servicio al cliente	<ul style="list-style-type: none"> Sistemas de control de la cadena de franquicia 	+	No	...

Estudios empíricos que relacionan franquicias con TRC						
Estudios	Datos	Muestra	Variable dependiente	Variable independiente	H	* Resultado
.../...				<ul style="list-style-type: none"> Nivel de desarrollo económico en el país de origen 	-	Sí
KNOTT (2003)	Primarios Transversales Desagregados	235 propietarios, franquiciados o independientes, industria de reprografía	Resultado (ingresos totales)	<ul style="list-style-type: none"> Franquicia (vs. negocio independiente) 	+	Sí
				<ul style="list-style-type: none"> Rutinas organizativas de la franquicia 	+	Sí
<p>Nota: En alguno de los estudios de esta tabla se han investigado otras hipótesis no relacionadas con TRC que no se han incluido. * Sí = se confirma la hipótesis planteada. No = no se confirma.</p>						
Fuente: elaboración propia.						

4. FORMULACIÓN DE PROPOSICIONES

A continuación vamos a formular cinco proposiciones que nos permitan explicar el papel desempeñado por los recursos de las empresas, así como de sus franquiciados, en su propensión a utilizar la franquicia como método de crecimiento. Las proposiciones se apoyan en los motivos para la formación de alianzas, obtener y retener recursos, y se basan en los recursos designados por la teoría de escasez de recursos para explicar la propensión a franquiciar que analizamos en el epígrafe 3 así como en los recursos que podemos aplicar de la literatura sobre alianzas.

4.1. NECESIDAD DE RECURSOS FINANCIEROS

La propensión a franquiciar está relacionada con la escasez de capital. Los franquiciadores recurrirán a franquiciar sus establecimientos cuando tengan dificultades para acceder al capital necesario para expandirse mediante tiendas propias. Esto puede ocurrir porque los proveedores de capital (ej.: bancos y accionistas) se enfrentan a un problema de selección adversa a la hora de escoger entre oportunidades alternativas de inversión: debido a que los inversores pasivos deben actuar con la información pública disponible, no pueden saber *a priori* qué empresas están ofreciendo toda la información disponible y cuáles seguirán actuando en interés de sus inversores en el largo plazo (MARTIN y JUSTIS, 1993). Estas incertidumbres son las que llevan a los inversores pasivos a exigir una sobreprima para estas inversiones. Los franquiciados pueden ofrecer capital a un coste inferior al del mercado ya que i) no están expuestos a los mismos costes de agencia que resultan de la separación entre propiedad y control; y ii) poseen información privada sobre sus capacidades de gestión.

Los estudios empíricos que han valorado si la escasez de recursos financieros motiva el que las empresas comiencen a franquiciar han tenido resultados dispares. Autores como MARTIN y JUSTIS (1993) y COMBS y KETCHEN (1999b) sí encontraron una relación directa entre la escasez de recursos financieros y el empleo de la franquicia, confirmando así que los franquiciadores buscaban en los franquiciados un capital a bajo coste. COMBS y KETCHEN (1999a), desde una perspectiva de recursos y capacidades, también confirmaron que las empresas con poco capital disponible tenían una mayor propensión a cooperar. No obstante, la mayor parte de la evidencia empírica no apoya esta hipótesis (COMBS y KETCHEN, 2003). Esta falta de apoyo a la relación positiva entre la escasez de capital y la propensión a franquiciar se explica por la forma en que muchos estudios han medido la escasez de recursos a través de variables *proxies* tales como la edad, tamaño y tasa de crecimiento de la empresa, bajo la asunción de que las empresas jóvenes, pequeñas y en crecimiento no tienen acceso fácil al capital. Teniendo en cuenta este aspecto y los trabajos previos, en este estudio proponemos:

Proposición 1: *La propensión a franquiciar de una empresa será mayor cuanto mayor sea su necesidad de recursos financieros.*

4.2. NECESIDAD DE INFORMACIÓN O *KNOW HOW* LOCAL

El segundo recurso escaso que favorece la aparición de franquicias es la necesidad de información sobre el mercado local en el que se quieren instalar los establecimientos. Uno de los recursos que necesitan las empresas cuando crecen y se expanden geográficamente es el conocimiento del mercado local: identificar las ubicaciones adecuadas y evaluar las condiciones del mercado local tales como proveedores locales, estrategias de marketing adecuadas y preferencias de los consumidores. En la mayoría de los casos los franquiciados proceden del mercado local y por ello tienen un mejor conocimiento de las necesidades y tendencias y pueden buscar de una manera más barata los mejores procesos de producción y estrategias de marketing a emplear bajo la marca del franquiciador (INMA, 2005). Decisiones como precios, horarios de apertura, publicidad local, salarios y localización que requieren de información local y capital humano se delegan a los franquiciados quienes tienen un mejor conocimiento de la demanda local, los mercados de trabajo locales y sobre ubicaciones. Los franquiciados son una fuente importante de innovación y adaptación local para los franquiciadores.

Desde un punto de vista empírico apenas se ha estudiado este recurso y su influjo sobre la decisión de franquiciar de una forma aislada e independiente de la escasez de capital y la escasez de recursos de gestión. Hay autores que empíricamente observaron como las nuevas franquicias que delegaban en los franquiciados más responsabilidades sobre decisiones locales tenían mejores posibilidades de supervivencia. Estas responsabilidades abarcaban aspectos tales como la negociación de los arrendamientos o la adaptación de las operaciones a las condiciones de empleo o de demanda de la zona. Por ello, proponemos:

Proposición 2: *La propensión a franquiciar de una empresa será mayor cuanto mayor sea su necesidad de recursos de información o know how local.*

4.3. NECESIDAD DE RECURSOS DE GESTIÓN

Las habilidades directivas o el capital humano son un recurso escaso (OXENFELDT y KELLY, 1969) que se podría adquirir llegando a acuerdos con empresarios franquiciados. La escasez de habilidades directivas o de capital humano son una limitación mayor que la financiera para el crecimiento de la organización ya que la capacidad de una empresa de identificar, entrenar y supervisar a nuevos directivos es limitada. La franquicia es una forma de adquirir el capital humano y gerencial necesario para expandirse ya que los franquiciados pueden proporcionar esta capacidad de gestión a una empresa en rápido crecimiento con mayor rapidez (COMBS *et al.*, 2004b).

Cuando una empresa franquicia, no necesita establecer unos sistemas exhaustivos para identificar y luego supervisar a los directivos de las tiendas. Debido a que los franquiciados deben invertir sus propios capitales en sus tiendas, solo aquellas personas que confían en sus capacidades de gestión, están motivadas y son competentes, adquirirán una franquicia (SHANE, 1996a). Una vez seleccionados, los franquiciados estarán motivados para realizar bien actividades claves como

encontrar y retener a los buenos empleados. Igualmente, supervisarán de cerca las actividades diarias porque estas tienen un impacto significativo en los resultados de sus establecimientos. En este sentido RUBIN (1973) considera que una de las principales limitaciones de la expansión rápida son los denominados «costes de ajuste». Entre estos destaca el tiempo empleado por los gerentes de las empresas para seleccionar a los candidatos más adecuados y formarlos. Estos costes, junto con los originados por los errores en el proceso de evaluación, se incrementan en las épocas de expansión, porque todo el proceso se acelera. La franquicia también puede reducir este problema, porque trae consigo la simplificación de los métodos operativos y porque puede reducirse el número de niveles jerárquicos y directivos. El franquiciador no tiene que ocuparse tanto de las cuestiones operativas como de la vigilancia contractual. A su vez, el empresario franquiciado puede centrarse en detalles rutinarios que determinan la rentabilidad, tales como la supervisión de los empleados, la cual puede efectuarse de modo eficiente por un gestor motivado (RUBIN, 1990, pág. 137). Teniendo en cuenta este planteamiento:

Proposición 3: *La propensión a franquiciar de una empresa será mayor cuanto mayor sea su necesidad de recursos de gestión*

4.4. LA MARCA

La marca es uno de los recursos intangibles de mayor valor, en especial en los sectores de distribución y servicios, en los que la franquicia está presente con mayor intensidad. Una marca es la promesa de un vendedor de producir bajo unas determinadas características, beneficios y servicios coherentes con las necesidades del comprador. Una marca conocida y respetada puede implicar una ventaja competitiva porque reduce la incertidumbre en los compradores (COMBS y KETCHEN, 1999a). Las marcas son una forma de compromiso creíble, una señal de calidad en especial para los consumidores que se encuentran en lugares que no les son familiares.

Son muchos los autores que caracterizan a la franquicia por ser un «alquiler» de una marca por parte del franquiciador al franquiciado (ERRAMILI *et al.*, 2002). La franquicia favorece el desarrollo de marcas que garantizan una calidad estable, proporcionan certidumbre al consumidor y reducen los costes de búsqueda del comprador asegurándole una calidad uniforme del producto. Aplicando la lógica de varios autores sobre las alianzas, podríamos decir que las empresas franquician con la finalidad de retener un recurso valioso como es la marca mientras que el franquiciado busca obtener ese recurso. La franquicia es más habitual en productos o servicios con un alto nivel de reconocimiento de marca.

Por otra parte, la evidencia empírica nos dice que las empresas sin marca conocida tienen una mayor propensión a franquiciar (COMBS y KETCHEN, 1999a) porque la franquicia les permite construir una marca de forma más rápida gracias a la mayor visibilidad y economías de escala en marketing que se consiguen. En este caso, podemos afirmar que las empresas buscan obtener una marca conocida mediante la cooperación con franquiciados. Por todo ello formulamos la siguiente proposición:

Proposición 4: *La propensión a franquiciar de una empresa está influida por la marca del franquiciador. Este influjo depende del nivel de conocimiento de la marca del franquiciador de forma que:*

- 4a) La propensión a franquiciar de una empresa será mayor cuanto más conocida sea su marca.*
- 4b) La propensión a franquiciar de una empresa será mayor: cuanto menos conocida sea la marca.*

4.5. LA CAPACIDAD DE FRANQUICIAR

Uno de los aspectos más estudiados de las alianzas estratégicas por los investigadores son los factores que pueden determinar el éxito de las mismas. Una línea reciente de investigación en este sentido analiza la «capacidad de gestionar alianzas» o *alliance management capability*, ya que se considera una fuente de ventaja competitiva y un motivo que influye en la propensión a formar alianzas. Por capacidad de gestionar alianzas entendemos la habilidad de la empresa de gestionar múltiples alianzas y, siguiendo a varios autores, consideramos que esta capacidad depende de dos factores: experiencia previa en alianzas y existencia de una estructura formal para gestionar la alianza.

Diversos estudios indican que las empresas con más experiencia previa en alianzas tienen una mayor probabilidad de tener éxito con sus acuerdos actuales y futuros. Cuanta más experiencia tenga la empresa en alianzas se supone que tiene una mayor competencia para gestionar con éxito futuras alianzas. Las compañías que tienen más experiencia en alianzas desarrollan una capacidad tácita no solo para elegir las mejores oportunidades de aliarse sino también escoger a los mejores socios, negociar de una manera efectiva, diseñar y gestionar con éxito la alianza a medida que evoluciona en el tiempo. Las empresas aprenden a crear valor a medida que acumulan experiencia en la cooperación.

Asimismo, esta capacidad también depende de la existencia de una estructura formal y sistemas para gestionar la alianza. La experiencia de la empresa en alianzas es una condición necesaria e importante para que las empresas construyan su capacidad de gestionarlas, si bien no condición suficiente. Una forma de que las organizaciones absorban, integren y expandan su *know how* en gestión de alianzas es a través de la creación de una unidad organizativa separada con la responsabilidad de integrar todas las experiencias previas. Tener una unidad dedicada a la alianza puede también incrementar el conocimiento tácito sobre la gestión de alianzas. Aquellos individuos que están asignados a tal función están en una posición de desarrollar experiencia de primera mano en lo que se refiere a cada aspecto de la alianza, desde su formación hasta su terminación.

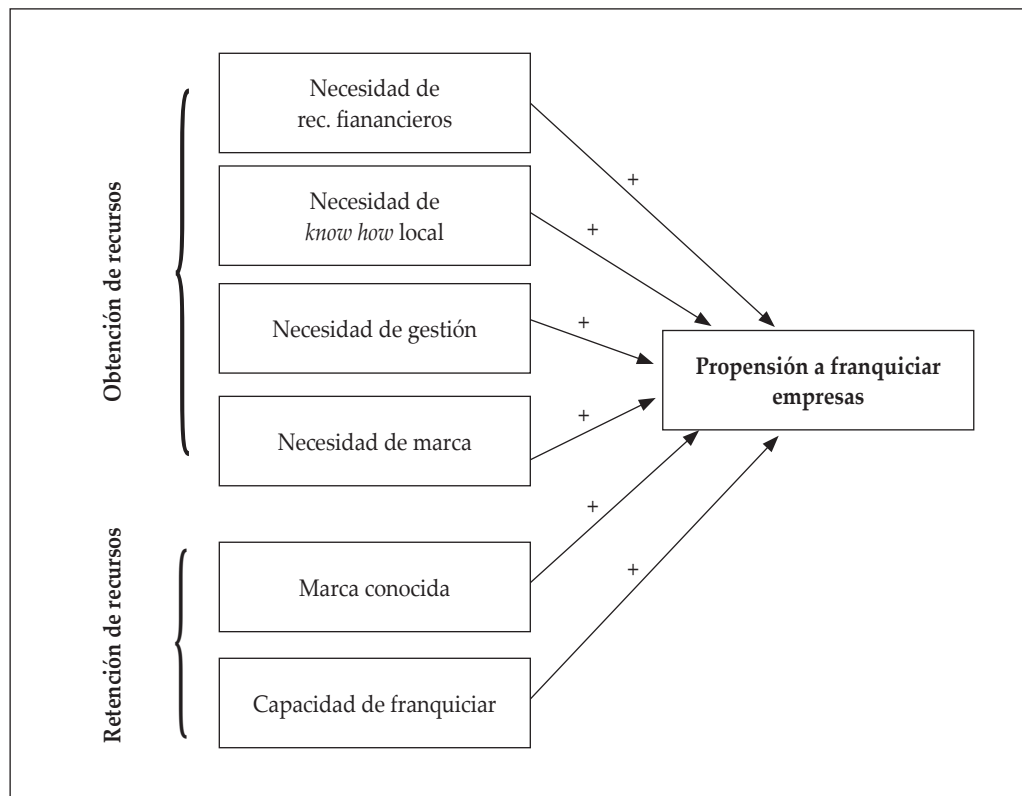
La franquicia como forma de cooperación también se puede analizar desde la perspectiva de la capacidad de franquiciar. Las empresas desarrollan capacidades únicas y valiosas gestio-

nando franquiciados y estas capacidades pueden ser parte de su ventaja competitiva. CASTROGIOVANNI *et al.* (2006a) observaron que a mayor edad del franquiciador, aumentaba la propensión a franquiciar, algo que contradecía lo establecido por la teoría de escasez de recursos para la cual, con la edad, las empresas dejan de franquiciar y tratan de recuperar la propiedad de las franquicias. Para estos autores, la edad no es una buena variable *proxy* para escasez de recursos, pero sí para medir la experiencia. Por ello, el efecto positivo de la edad sobre la propensión a franquiciar indica que los franquiciadores están aprendiendo cómo gestionar franquiciados de una manera efectiva y luego explotan tal capacidad apoyándose cada vez más en la franquicia con el paso del tiempo. Así proponemos:

Proposición 5: *La propensión a franquiciar de una empresa será mayor cuanto mayor sea su capacidad de gestionar franquicias.*

La **figura 1** resume las proposiciones planteadas:

Figura 1. Modelo específico de estudio



5. CONCLUSIONES

Las franquicias son un acuerdo de cooperación clave en la distribución de bienes y servicios para las empresas y su éxito sostenido. Aunque presentes en la realidad empresarial desde mediados del siglo XIX, el interés académico por las mismas es relativamente reciente: los primeros artículos se publicaron a mediados de los años sesenta en Estados Unidos, intensificándose a partir de la década de los noventa. Esto, unido al hecho de que la franquicia es un fenómeno objeto de estudio por investigadores de diferentes disciplinas académicas (economía, derecho, finanzas, marketing, dirección estratégica), explica que no exista consenso académico sobre los determinantes teóricos de uno de los tópicos más debatidos en la investigación sobre las franquicias, la propensión a franquiciar de las empresas.

En este trabajo nos hemos propuesto analizar las diferentes aportaciones y evidencias previas, con el propósito de explicar las razones que mueven a las empresas a franquiciar en lugar de utilizar puntos de distribución propios. Para ello, revisamos las dos teorías dominantes hasta nuestros días, la teoría de la agencia y la teoría de la escasez de recursos, para desarrollar un modelo de estudio en que los recursos, tanto del franquiciado como del franquiciador, juegan un papel clave.

Tomando como referente de la investigación el responder a la pregunta de «¿por qué franquician las empresas?», nos propusimos tres objetivos más concretos. En la medida que estos se fueron realizando, pudimos acercarnos a la respuesta de la cuestión planteada. Estos objetivos, que a continuación se detallan, son: comprender la franquicia y su función como mecanismo de cooperación entre el franquiciador y sus franquiciados, analizar la literatura previa existente sobre motivos para franquiciar identificando aquella parte de la literatura menos estudiada, e identificar los factores que, desde la perspectiva de recursos, explican la franquicia.

El primer objetivo, comprender la franquicia y su función como mecanismo de cooperación entre el franquiciador y sus franquiciados, se desarrolló tras una revisión de las definiciones de franquicias existentes en diversas fuentes. De ellas llegamos a la conclusión de que la franquicia es una forma organizativa basada en la cooperación continuada y dinámica entre dos partes jurídicamente iguales e independientes, franquiciador y franquiciado. La franquicia es un acuerdo de cooperación o alianza estratégica (ambos términos son intercambiables para nosotros, siguiendo a parte de la doctrina) entre empresas independientes con la finalidad de lograr una ventaja competitiva sostenible. Al enmarcar las franquicias en el campo de la cooperación o alianzas emplearemos conclusiones y evidencias previas aplicadas a las alianzas para comprender el sistema de franquicias.

El segundo objetivo, analizar la literatura previa existente sobre motivos para franquiciar, nos llevó a estudiar los fundamentos teóricos, evidencias empíricas y limitaciones de las dos teorías dominantes empleadas por los autores para explicar la propensión a franquiciar: la teoría de escasez de recursos y la teoría de la agencia. La teoría de la escasez de recursos considera a la franquicia como un mecanismo para facilitar las limitaciones de capital y de gestión que se producen en el crecimiento. Por su parte la teoría de la agencia explica la franquicia como mecanismo para me-

jorar la alineación entre los incentivos de los gerentes de los establecimientos y los objetivos de la empresa, limitando el oportunismo de los empleados propios. Finalmente, se identificaron otros planteamientos bastante menos difundidos como son la teoría de la forma plural y la teoría del señalamiento, que también se han utilizado –aunque en menor medida– para el estudio de la franquicia.

Esta revisión de la literatura previa nos permitió identificar una línea de investigación menos desarrollada y basada en el papel desempeñado por los recursos de las empresas. Propusimos, por tanto, como tercer y último objetivo el elaborar un marco específico de análisis que permitiera relacionar recursos y propensión a franquiciar. Este modelo parte de la teoría de recursos y capacidades para establecer cinco proposiciones que resumimos a continuación:

1. Necesidad de recursos financieros: los franquiciadores recurrirán a franquiciar sus establecimientos cuando tengan dificultades para acceder al capital necesario para expandirse mediante tiendas propias. Los franquiciados pueden ofrecer capital a un coste inferior al del mercado ya que i) no están expuestos a los mismos costes de agencia que resultan de la separación entre propiedad y control, y ii) poseen información privada sobre sus capacidades de gestión. Los estudios empíricos que han valorado si la escasez de recursos financieros motiva el que las empresas comiencen a franquiciar han tenido resultados dispares, si bien ello puede deberse a la forma en que se ha medido la escasez de recursos financieros. Teniendo en cuenta este aspecto y los trabajos previos, en este estudio proponemos:

Proposición 1: *La propensión a franquiciar de una empresa será mayor cuanto mayor sea su necesidad de recursos financieros.*

2. Necesidad de información o *know how* local. Uno de los recursos que necesitan las empresas cuando crecen y se expanden geográficamente es el conocimiento del mercado local: identificar las ubicaciones adecuadas y evaluar las condiciones del mercado local tales como proveedores locales, estrategias de marketing adecuadas y preferencias de los consumidores. En la mayoría de los casos los franquiciados proceden del mercado local y por ello tienen un mejor conocimiento de las necesidades y tendencias locales. Por ello, proponemos:

Proposición 2: *La propensión a franquiciar de una empresa será mayor cuanto mayor sea su necesidad de recursos de información o *know how* local.*

3. Necesidad de recursos de gestión: la franquicia es una forma de adquirir el capital humano y gerencial que necesitan las empresas para expandirse ya que los franquiciados pueden proporcionar esta capacidad de gestión a una empresa en rápido crecimiento con mayor rapidez. Los franquiciados están motivados para realizar bien actividades claves como encontrar y retener a los buenos empleados y supervisar de cerca las actividades diarias porque estas tienen un impacto significativo en los resultados de sus establecimientos. La franquicia también trae consigo la simplifi-

cación de los métodos operativos y la reducción del número de niveles jerárquicos y directivos. Teniendo en cuenta este planteamiento:

Proposición 3: *La propensión a franquiciar de una empresa será mayor cuanto mayor sea su necesidad de recursos de gestión.*

4. La marca es uno de los recursos intangibles de mayor valor, en especial en los sectores de distribución y servicios, en los que la franquicia está presente con mayor intensidad. Una marca conocida y respetada puede implicar una ventaja competitiva porque reduce la incertidumbre en los compradores. La franquicia favorece el desarrollo de marcas que garantizan una calidad estable, proporcionan certidumbre al consumidor y reducen los costes de búsqueda del comprador asegurándole una calidad uniforme del producto. Las empresas franquician para retener y fortalecer su marca o bien para conseguir una marca porque la franquicia les permite construir una marca de forma más rápida gracias a la mayor visibilidad y economías de escala en marketing que se consiguen. Por todo ello formulamos la siguiente proposición:

Proposición 4: *La propensión a franquiciar de una empresa está influida por la marca del franquiciador. Este influjo depende del nivel de conocimiento de la marca del franquiciador de forma que:*

4a) La propensión a franquiciar de una empresa será mayor cuanto más conocida sea su marca.

4b) La propensión a franquiciar de una empresa será mayor cuanto menos conocida sea la marca.

5. La capacidad de franquiciar. Las empresas desarrollan capacidades únicas y valiosas gestionando franquiciados y estas capacidades pueden ser parte de su ventaja competitiva. Con el paso del tiempo las empresas incrementan su propensión a franquiciar, lo que indica que los franquiciadores están aprendiendo cómo gestionar franquiciados de una manera efectiva y luego explotan tal capacidad apoyándose cada vez más en la franquicia. Así proponemos:

Proposición 5: *La propensión a franquiciar de una empresa será mayor cuanto mayor sea su capacidad de gestionar franquicias.*

Bibliografía

- ALONSO, M. [2003]: *La Franquicia de la «A» a la «Z». Manual para el Franquiciador y el Franquiciado*, ed. Lid, Madrid.
- BARROS, C. y PERRIGOT, R. [2005]: «Franchised Network Efficiency: A DEA Application to US Network», *Presentación hecha en la 2.ª Conferencia Internacional del EMNET (Economics and Management of Networks) Franchising Networks, Alliances, Joint Ventures and Cooperatives*, septiembre 2005, Budapest, Hungría.
- BARTHELEMY, J. [2004]: «The Administrative Productivity of US Franchisors: An Empirical Investigation», *Economics Letters*, vol. 83, núm. 1, págs. 115-121.
- BERMÚDEZ GONZÁLEZ, G. [2002]: *La Franquicia: Elementos, Relaciones y Estrategias*, ed. ESIC, Madrid.
- BORDONABA, V. y POLO, Y. [2004]: «Gestión Estratégica de la Relación de Franquicia», *Universia Business Review*, primer trimestre, págs. 50-63.
- CARNEY, M. y GEDAJOVIC, E. [1991]: «Vertical Integration in Franchise Systems: Agency Theory and Resource Explanation», *Strategic Management Journal*, vol. 12, núm. 7, págs. 607-629.
- CASTROGIOVANNI, G.; COMBS, J. y JUSTIS, R [2006a]: «Resource Scarcity and Agency Theory Predictions Concerning The Continued Use of Franchise in Multi-Outlet Networks», *Journal of Small Business Management*, vol. 44, núm. 1, págs. 27-44.
- [2006b]: «Shifting Imperatives: An Integrative View of Resource Scarcity and Agency Reasons for Franchising», *Entrepreneurship Theory and Practice*, vol. 30, núm. 1, págs. 23-40.
- CHAUDHURI, A.; GOSH, P. y SPELL, C. [2001]: «A Location Based Theory of Franchising», *The Journal of Business and Economic Studies*, vol. 7, núm. 1, págs. 54-67.
- COMBS, J. y KETCHEN, D. [1999a]: «Explaining Interfirm Cooperation and Performance: Toward a Reconciliation of Predictions from the Resource-Based View and Organizational Economics», *Strategic Management Journal*, vol. 20, núm. 9, págs. 867-888.
- [1999b]: «Can Capital Scarcity Help Agency Theory Explain Franchising?», *Academy of Management Journal*, vol. 42, núm. 2, págs. 196-207.
- CROONEN, E. [2005]: «Strategic Interactions in Franchise Relationships», *Tesis Doctoral Universidad de Groningen*, Países Bajos, ed. Labyrinth, 390 págs.
- DANT, R. [1995]: «Motivation for Franchising: Rhetoric versus Reality», *International Small Business Journal*, vol. 14, núm. 1, págs. 10-32.
- DANT, R. y KAUFMANN, P. [2003]: «Structural and Strategic Dynamics in Franchising», *Journal of Retailing*, vol. 79, núm. 2, págs. 63-75.
- DÍAZ BERNARDO, R. [2000]: «Recursos y Capacidades en el sistema de franquicia», (*Doctoral dissertation, Tesis doctoral*, IESE, Universidad de Navarra).
- DÍEZ CASTRO, E.; NAVARRO, A. y RONDÁN, F. [2005]: *El Sistema de Franquicia: Fundamentos Teóricos y Prácticos*, ed. Pirámide, Madrid.
- ERRAMILI, M.; AGRAWAL, S. y DEV, C. [2002]: «Choice Between Non-Equity Entry Modes: An Organizational Capability Perspective», *Journal of International Business Studies*, vol. 33, núm. 2, págs. 223-242.

- FERNÁNDEZ MONROY, M. y MARTIN SANTANA, J. [2005]: «La Influencia de la Confianza y el Compromiso en el Éxito del Sistema de Franquicia», *Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Tendencias de Marketing*, París.
- FERNÁNDEZ MONROY, M. y MELIÁN ALZOLA, L. [2005]: «An Analysis of Quality Management in Franchise Systems», *European Journal of Marketing*, vol. 39, núm. 5/6, págs. 585-605.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, E. [2005]: *Estrategia de Innovación*, ed. Thompson, Madrid.
- FERNÁNDEZ, J.; DAVID, J. y PASCUAL, D. [2001]: *Cómo Elaborar un Manual de Franquicia. Un Ejemplo Práctico*, ed. CIE Dossat 2000, Madrid.
- FRAZER, L. [2002]: «Why Franchisors Discontinue Franchising but Continue Operating», *International Small Business Journal*, vol. 19, núm. 3, págs. 29-38.
- GARG, V.; RASHEED, A. y PRIEM, R. [2005]: «Explaining Franchisors' Choices of Organization Forms within Franchise Systems», *Strategic Organization*, vol. 3, núm. 2, págs. 185-217.
- HOY, F y STANWORTH, J. [2003a]: «Introduction and Background» en HOY, F. y STANWORTH, J. (eds.), *Franchising: An International Perspective*, ed. Routledge, Londres, págs. 1-7.
- [2003b]: «Franchising: A Conceptual Overview» en HOY, F. y STANWORTH, J. (eds.), *Franchising: An International Perspective*, ed. Routledge, Londres, págs. 9-11.
- INMA, C. [2005]: «Purposeful Franchising: Re-Thinking of the Franchising Rationale», *Singapore Management Review*, vol. 27, núm. 1, págs. 27-48.
- JENSEN, M. y MECKLING, W. [1976]: «Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure», *Journal of Financial Economics*, vol. 3, núm. 4, págs. 305-360.
- JUSTIS, R. y JUDD, R. [1989]: *Franchising*, ed. South-Western Pub. Co.; Cincinnati, 1.^a edición.
- KALNINS, A. y MAYER, K. [2004]: «Franchising, Ownership and Experience: A Study of Pizza Restaurant Survival», *Management Science*, vol. 50, núm. 12, págs. 1.716-1.728.
- KETCHEN, D.; COMBS, J. y UPSON, J. [2006]: «When Does Franchising Help Restaurant Chain Performance?», *Cornell Hotel and Restaurant Administration Quarterly*, vol. 47 núm. 1, págs. 14-26.
- KNOTT, A. [2003]: «The Organizational Routines Factor Market», *Strategic Management Journal*, vol. 24, núm. 10, págs. 929-943.
- LAFONTAINE, F. y KAUFMANN, P. [1994]: «The Evolution of Ownership Patterns in Franchise Systems», *Journal of Retailing*, vol. 70, núm. 2, págs. 97-113.
- LAFONTAINE, F. y RAYNAUD, E. [2002]: «The Role of Residual Claims and Self-enforcement in Franchise Contracting», *NBER, National Bureau of Economic Research Working Paper*, núm. 8868.
- MICHAEL, S. [2002]: «Can a Franchise Chain Coordinate?», *Journal of Business Venturing*, vol. 17, núm. 4, págs. 325-341.
- OXENFELDT, A. y KELLY A. [1968-69]: «Will Successful Franchise Systems Ultimately Become Wholly-Owned Chains?», *Journal of Retailing*, vol. 44, núm. 4.
- SASHI, C. y KARUPPUR, D. [2002]: «Franchising in Global Markets: Towards a Conceptual Framework», *International Marketing Review*, vol. 19, núm. 5, págs. 499-524.

SEN, K. [2001]: «Information Asymmetry and the Franchise Decision», *Journal of Marketing Channels*, vol. 8, núm. 1/2, págs. 91-109.

SHANE, S. [1998a]: «Making New Franchise Systems Work», *Strategic Management Journal*, vol. 19, núm. 7, págs. 697-707.

STANWORTH, J.; STANWORTH, C.; WATSON, A.; PURDY, D. y HEALEAS, S. [2004]: «Franchising as a Small Business Growth Strategy», *International Small Business Journal*, vol. 22, núm. 6, págs. 539-559.

TUUNANEN, M.; HOY, F.; TORIKKA, J. y HYRSKY, K. [2005]: «Franchising as an Entrepreneurial Activity: A Contemporary Policy Perspective», presentación hecha en la 2.ª Conferencia Internacional del EMNET (*Economics and Management of Networks*) 2005 *Franchising Networks, Alliances, Joint Ventures and Cooperatives*, septiembre 2005, Budapest, Hungría.

VECIANA, J. [2005]: «La Creación de Empresas. Un Enfoque Gerencial», *Servicio de Estudios de La Caixa*, Colección Estudios Económicos, Barcelona.

WINDSPERGER, J. [2004]: «Centralization of Franchising Networks: Evidence from the Austrian Franchise Sector», *Journal of Business Research*, vol. 57, núm. 12, págs. 1.361-1.369.

WINSOR, R. [2006]: «Defining Franchising's Role in Marketing: A Review of the Literature», *Working Paper no publicado*, Loyola Marymont University.

SEGUNDO EJERCICIO RESUELTO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO SUPERIOR DE INTERVENTORES Y AUDITORES DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Javier Aguilar López
Inspector de Seguros del Estado

(Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Interventores y Auditores de la Administración de la Seguridad Social, convocado por Orden ESS/1826/2014, de 29 de septiembre [BOE de 8 de octubre]).

Sumario

- Caso 1. Contabilidad de sociedades.** Composición del capital social, operaciones con acciones propias, reparto de resultados, reducción de capital social, adquisición de empresa individual, socios morosos, ampliación de capital liberada.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Elaboración de balance de comprobación de sumas y saldos, adquisición de inmovilizado, regularización de gastos e ingresos, moneda extranjera, emisión de valores representativos de deuda, asientos de regularización y cierre, elaboración del balance y cuenta de pérdidas y ganancias.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Préstamo financiero, deterioro de inmovilizado material, emisión de un empréstito de obligaciones.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

Contabilidad de sociedades

La empresa Complusa presenta al 31 de diciembre de 2014 las siguientes cuentas, que forman su patrimonio neto:

Patrimonio neto	Importe
Capital social	600.000
Socios desembolsos no exigidos	(100.000)
Prima de emisión acciones	300.000
Reserva legal	80.000
Reserva estatutaria	80.000
Reserva voluntaria	58.000
Dividendo activo a cuenta	(22.500)
Dividendo activo a pagar	22.500
Resultado del ejercicio	150.000

Información complementaria:

- 1.º La sociedad se constituyó con un capital social de 200.000 euros representado por acciones ordinarias de la serie A de 1 euro de valor nominal emitidas a la par. Posteriormente realizó una ampliación de capital sin derecho preferente de suscripción para recibir una aportación no dineraria consistente en una empresa en funcionamiento, las acciones de la serie B de 2 euros de valor nominal se emitieron al 150 %. El 1 de enero de 2013, realizó la última ampliación de capital con derecho preferente de suscripción, emitiendo acciones de la serie C de 4 euros de valor nominal al 200 %, exigiendo en el momento de la suscripción el desembolso mínimo. No se ha dispuesto de la prima de emisión de acciones. En el mes de octubre la sociedad reconoció un dividendo a cuenta a todas las acciones, que a la fecha actual no ha sido abonado.
- 2.º En los estatutos se establece la obligación de dotar una reserva con iguales características que la reserva legal.
- 3.º En el activo figuran entre otras las siguientes cuentas:

- Investigación: 150.000 euros.
- Desarrollo: 400.000 euros.
- Amortización acumulada inmovilizado intangible: 135.000 euros.
- Socios desembolsos exigidos: 50.000 euros:

Anotaciones contables a realizar por el opositor:

1. Asiento que realiza Complusa por el acuerdo de junta general de accionistas por el que se adquirieron 20.000 acciones propias de la serie B al precio de 5 euros/acción. Asiento que realiza el accionista que vende las acciones y que las tenía contabilizadas como disponibles para la venta y las había adquirido al precio de 3 euros/acción.
2. Asiento que realiza Complusa por el acuerdo de aprobación por parte de la junta general de accionistas del reparto del beneficio. Después de cumplir con todas las obligaciones legales, se acuerda con cargo a dicho beneficio reducir la cifra del capital social por la mitad de las acciones propias adquiridas y repartir un dividendo complementario por la mayor cuantía posible.
3. Asiento que realiza Complusa cuando posteriormente se paga la totalidad de los dividendos reconocidos a las acciones, retención fiscal 20%. ¿Cuál fue la cuantía total del dividendo que se reconoció a cada serie de acciones? ¿Cuál fue el asiento que realiza un accionista que adquirió 2.000 acciones de la serie A y acudió a la ampliación de capital suscribiendo las acciones que le correspondían y las tiene contabilizadas como disponibles para la venta?
4. Más tarde la junta general de accionistas acuerda efectuar una ampliación de capital para recibir una aportación no dineraria consiste en la empresa individual Zeta, que a la fecha del acuerdo presenta la siguiente situación patrimonial:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Construcciones	84.000	Capital	50.000
(Amortización acumulada inmovilizado material)	(16.000)	Reservas	50.000
Mercaderías	32.000	Deudas a corto plazo	12.000
(Deterioro de valor de mercaderías)	(4.000)	Proveedores	8.000
Clientes	22.000		
			.../...

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
.../...			
(Deterioro de valor créditos por operaciones comerciales)	(2.000)		
Tesorería	4.000		
Total	120.000	Total	120.000

El precio de Zeta se fija en 150.000 euros que se pagará con 40.000 acciones de 2 euros de valor nominal. Los auditores fijan el valor de la construcción en 80.000 euros y se le reconoce un valor inmaterial por los beneficios futuros que se generarán en Complusa.

5. Llegado el vencimiento del dividendo exigido, no es atendido por tenedores de 1.000 títulos. La sociedad reclama por vía judicial las cantidades pendientes que son abonadas posteriormente por los socios morosos más un interés del 6% de la cantidad pendiente.
6. La sociedad procede a la reducción del capital aprobada. Los gastos de notario y registro se elevan a 500 euros.
7. Por acuerdo de junta general de accionistas se procede a la reducción del capital social por condonación de dividendos pasivos. ¿A qué accionistas afecta y cuál sería el nuevo valor nominal de esas acciones? Asiento que realiza un accionista que tiene 2.000 acciones y las tiene contabilizadas como disponibles para la venta.
8. Más tarde por acuerdo de junta general de accionistas la sociedad acuerda realizar una ampliación de capital totalmente liberada con cargo a reservas de libre disposición en la proporción de 1 acción nueva de 2 euros de valor nominal, por 10 acciones antiguas.
9. Posteriormente la sociedad vende las acciones propias que mantiene en cartera a 6 euros/acción.

SOLUCIÓN

Conforme a los datos del enunciado podemos determinar la siguiente estructura del capital social de la entidad Complusa de la siguiente manera:

Clase	Nominal	Emisión	Tipo	Capital social	Desembolso
Constitución A	1	PAR	Ordinaria	200.000	100 %
1.ª ampliación B	2	150 %	No dineraria	200.000	100 %
2.ª ampliación C	4	200 %	Ordinaria	200.000	75 %

Para determinar el capital social de la primera y segunda ampliación realizamos un sistema de ecuaciones, en el que se iguala a capital social y a prima de emisión.

$$400.000 = 1.ª \text{ ampliación} + 2.ª \text{ ampliación}$$

$$300.000 = 50\% (1.ª \text{ ampliación}) + 100\% (2.ª \text{ ampliación})$$

1.ª ampliación: Capital social: 200.000. Prima de emisión: 100.000.

2.ª ampliación: Capital social: 200.000. Prima de emisión: 200.000.

ANOTACIONES CONTABLES

Punto 1

Adquisición de 20.000 acciones propias de la serie B al precio de 5 euros. Tenemos que recordar que existe un dividendo a cuenta devengado pero pendiente de pago, en este caso hemos usado la cuenta de dividendo activo a pagar, pero también podríamos usar una cuenta de reservas voluntarias.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
108	Acciones propias en situaciones especiales	98.000	
526	Dividendo activo a pagar (22.500/450.000 = 0,05 € por um)	2.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (20.000 × 5)		100.000

Asiento realizado por un accionista que tenía los títulos en la cartera de disponibles para la venta:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
108	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (20.000 × 5)	100.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo (acciones de Complusa)		98.000
545	Dividendo a cobrar		2.000

El accionista tiene reconocida la revalorización de la inversión en patrimonio neto, debiendo realizar su traspaso a pérdidas y ganancias en el momento de la venta:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
802	Transferencia de beneficios en activos financieros disponibles para la venta	38.000	
7632	Beneficios transferidos de disponibles para la venta [(4,9 - 3) × 20.000]		38.000

Por el cierre de la cuenta de patrimonio neto:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración de activos financieros disponibles para la venta	38.000	
802	Transferencia de beneficios en activos financieros disponibles para la venta		38.000

Punto 2

Reparto del beneficio por parte de Complusa:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	150.000	
112	Reserva legal		15.000
1141	Reserva estatutaria		15.000
557	Dividendo activo a cuenta		22.500
113	Reserva voluntaria		57.000
1142-	Reserva para capital amortizar		20.000
526	Dividendo activo a pagar		20.500

En el reparto del resultado debemos de tener en cuenta las obligaciones legales:

- Artículo 274 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital (TRLSC). La entidad debe realizar una dotación a la reserva legal por un importe mínimo entre:
 - El 10% del resultado del ejercicio.
 - La diferencia entre el 20% de la cifra de capital social y el saldo previo de la reserva.

- Los estatutos establecen la obligación de crear y dotar una reserva estatutaria con las mismas características que la legal.
- Artículo 273 del TRLSC. Se prohíbe la distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el balance.

Como resultado de las condiciones anteriores se procede al reparto de resultados:

Reserva legal	$10\% \times 150.000 = 15.000$
Reserva estatutaria	$10\% \times 150.000 = 15.000$
Gastos de investigación y desarrollo	$150.000 + 400.000 - 135.000 = 415.000$
Reservas disponibles:	
Prima de emisión	300.000
Reserva voluntaria	58.000
DOTACIÓN	$415.000 - 358.000 = 57.000$
Dividendo	20.500 0,05 por unidad monetaria de capital desembolsado: $20.500/410.000$ Capital desembolsado en circulación: $450.000 - 40.000$ (acciones propias)

Punto 3

Por el pago de los dividendos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar (20.500 + 20.500)	41.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		32.800
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas		8.200
	($20\% \times 41.000$)		

Dividendo total reconocido por la entidad:

Dividendo a cuenta (balance)	22.500
Dividendo activo a pagar (reparto del resultado)	20.500

Debido al momento temporal diferente en que se reconocieron los dividendos y la adquisición de acciones propias, procedemos a calcular el importe unitario del dividendo por cada clase de acciones:

	Importe de los dividendos por unidad monetaria de capital desembolsada	Total
Clase A (constitución)	$22.500/450.000 = 0,05$ $20.500/410.000 = 0,05$	0,1
Clase B	$22.500/450.000 = 0,05$ $20.500/410.000 = 0,05$	$0,1 \times 2$ (valor nominal de las acciones clase B) = 0,2
Clase C	$22.500/450.000 = 0,05$ $20.500/410.000 = 0,05$	$0,1 \times 4$ (VN C) $\times 25\%$ (desembolso de las acciones) = 0,1

Asiento de un accionista que adquirió 2.000 acciones de la serie A y acude a la ampliación de capital:

Primero calculamos la relación de canje, para ello debemos homogeneizar los valores nominales de las diferentes acciones:

- Serie A: 200.000 acciones de valor nominal = 1.
- Serie B: 100.000 acciones de valor nominal = 2. Homogeneizo 200.000 acciones de valor nominal = 1.

Relación de canje:

- 400.000 acciones le corresponden 50.000 nuevas.

Simplificando nos da una relación: 8 acciones antiguas por 1 nueva (8×1).

Número de acciones que le corresponden al antiguo accionista: $2.000/8 = 250$ acciones nuevas.

Dividendo que percibe:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	180	
473	Hacienda Pública, retenciones	45	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio ($2.000 \times 0,1 + 250 \times 0,1$)		225

Punto 4

Nos encontramos ante una combinación de negocios regulada en la norma de valoración 19.^a del Plan General de Contabilidad.

Procedemos a determinar el fondo de comercio o diferencia negativa como diferencia entre la contraprestación entregada y el valor razonable de los activos identificables netos de pasivos adquiridos:

Contraprestación entregada ($40.000 \times 2 \times 187,5\%$)	150.000
Emisión de las acciones ($150.000/40.000 = 3,75$ um; $3,75/2$)	187,5 %
Valor razonable de activos identificables neto de pasivos	(112.000)
Capital social	50.000
Reservas	50.000
Plusvalía construcciones [$80.000 - (84.000 - 16.000)$]	12.000
Fondo de comercio	38.000

Asientos por la adquisición de la entidad Zeta:

Por la emisión de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	150.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		150.000

Por la recepción de los activos y pasivos de Zeta (a valor razonable, es la entidad adquirida):

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	80.000	
300	Mercaderías	28.000	
430	Clientes	20.000	
57	Tesorería	4.000	
204	Fondo de comercio	38.000	
190	Acciones emitidas		150.000
521	Deudas a corto plazo		12.000
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
400	Proveedores		8.000

Por la inscripción del capital social:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	150.000	
100	Capital social		80.000
110	Prima de emisión		70.000

Punto 5

Por el desembolso del dividendo exigido y el reconocimiento de los accionistas morosos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	49.000	
5580	Socios por desembolsos exigidos accionistas morosos	1.000	
558	Socios por desembolsos exigidos		50.000

Por el abono de los morosos más el interés de demora:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	1.060	
5580	Socios por desembolsos exigidos accionistas morosos		1.000
769	Otros ingresos financieros (1.000 × 6 %)		60

Punto 6

Reducción de capital por la mitad de las acciones propias adquiridas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social (10.000 × 2)	20.000	
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
113	Reservas voluntarias (49.000 – 20.000)	29.000	
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales		49.000

Por los gastos de notario y registro:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		500

Al realizar una reducción de capital social voluntaria debemos crear una reserva con carácter indisponible por el importe de capital amortizado, para evitar el derecho de oposición de los acreedores.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
1142-	Reserva por capital a amortizar	20.000	
1142	Reserva por capital amortizado		20.000

Punto 7

Reducción de capital social mediante la condonación de dividendos pasivos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	100.000	
103	Socios por desembolsos no exigidos		100.000

Del mismo modo que en el punto anterior debemos dotar una reserva de carácter indisponible, para evitar el derecho de oposición de los acreedores.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	100.000	
1142	Reserva por capital amortizado		100.000

En el caso de un accionista que fuera titular de 2.000 acciones, debe dar de baja el desembolso pendiente contra el valor de los títulos.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
259	Desembolsos pendientes sobre participaciones en el patrimonio neto a largo plazo	4.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (2.000 × 4 × 50%)		4.000

Punto 8

Para poder determinar el número de acciones a emitir en la ampliación de capital, debemos armonizar las existentes a un mismo valor nominal. Además debemos recordar que se procedió a la reducción de capital social mediante la amortización de acciones propias de la serie B.

	N.º de títulos	Valor nominal	Conversión a títulos de VN = 2	N.º de títulos
Constitución	200.000	1	(200.000 × 1)/2	100.000
Serie B	100.000 – 10.000	2		90.000
Serie C	50.000	2		50.000
Adquisición Z	40.000	2		40.000

Tendríamos un total de 280.000 títulos de valor nominal 2.

1 acción nueva de valor nominal = 2 por cada 10 acciones antiguas

Emite un total de: 280.000/10 = 28.000 títulos

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias (28.000 × 2)	56.000	
100	Capital social		56.000

Punto 9

Por la venta de las 10.000 acciones propias adquiridas más las 1.000 que les ha correspondido de la ampliación de capital liberada que la entidad mantiene en su cartera.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (11.000 × 6)	66.000	
108	Acciones propias en situaciones especiales		49.000
103	Reservas voluntarias		17.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

Contabilidad financiera

La sociedad comercial Bernesa presenta alguna de las cuentas que forman parte de su balance de comprobación al 1 de diciembre de 2013:

Cuentas	Saldos	Saldo deudor	Saldo acreedor
Bancos			
Arrendamientos	80.000		
Publicidad y propaganda	120.000		
Primas de seguro	30.000		
Construcciones en curso	700.000		
Gastos de investigación y desarrollo del ejercicio	20.000		
Devoluciones de ventas (10.000 unidades)	120.000		
Venta de mercaderías (136.000 unidades)	1.360.000		
Compra de mercaderías (160.000 unidades)	640.000		
Descuento sobre ventas por pronto pago	20.000		
Rappels por compras	16.000		
Sueldos y salarios	400.000		
Seguridad Social a cargo de la empresa	40.000		
Hacienda Pública, acreedora por conceptos fiscales	20.000		
Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio	4.000		
			.../...

Cuentas	Saldos	Saldo deudor	Saldo acreedor
.../...			
Mercaderías (20.000 unidades)	60.000		
Propiedad industrial	100.000		
Valores representativos de deuda a largo plazo en inmovilizado	90.200		
Proveedores	300.000		
Clientes	600.000		
Pérdidas por deterioro de créditos por operaciones comerciales	30.000		
Deterioro valor créditos por operaciones comerciales	30.000		
Amortización acumulada inmovilizado intangible	60.000		
Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	200.000		
Reservas voluntarias	400.000		
Reserva estatutaria	120.000		
Ingresos por prestaciones de servicios	40.000		
Beneficios procedentes del inmovilizado material	160.000		
Capital social	1.800.000		
Anticipo de clientes	20.000		
Reserva legal	120.000		
Subvenciones, donaciones y legados a la explotación	200.000		
Terrenos	600.000		
Totales			

Anotaciones contables y ajustes previos a la regularización:

1. El 1 de diciembre la empresa adquiere al contado en 110.000 euros unas naves que cuando acabe su vida útil estimada en 10 años, tendrá que desmantelarlas y su coste en valores actuales se estima en 10.000 euros, el tipo de actualización es del 6% anual.

2. La empresa vendió a crédito 18.000 unidades de mercaderías a 10 euros, con la opción de si en un plazo de tres meses el cliente no había vendido las mercaderías adquiridas, podría devolver 2.000 de las unidades. Bernesa vio altamente probable que esto sucediera. En el momento actual la empresa adquirente comunica que se queda con la totalidad de las mercaderías.
3. La publicidad corresponde a una campaña anual iniciada el 1 de abril de 2013.
4. La empresa el 1 de noviembre pagó el seguro anual de incendios.
5. Los costes de construcción abonados ascienden a 350.000 euros y los honorarios del facultativo de la dirección de obra del edificio abonados ascienden a 50.000 euros
6. La empresa valora las existencias según el método coste medio. El valor neto realizable de las mercaderías es de 3,5 euros.
7. La cuenta de proveedores recoge, entre otras, una deuda en dólares por importe de 260.000 dólares con el cambio de 1 euro/1,3 dólares; a la fecha del cierre el cambio es de 1 euro/1 dólar.
8. La cuenta de clientes recoge, entre otras, una deuda en libras esterlinas por importe de 50.000 libras, con el cambio de 1 libra/1,6 euros; a la fecha del cierre el cambio es de 1 libra/1,5 euros.
9. La partida de ingresos por prestación de servicios corresponde a servicios prestados en el ejercicio 2012 y cobrados en el ejercicio actual. Están pendientes de contabilización y cobro los ingresos por este concepto del ejercicio actual, que ascienden a 100.000 euros.
10. La empresa tiene un litigio en curso con un cliente por lo que dota una provisión por importe de 16.000 euros, para hacer frente a las responsabilidades del mismo.
11. Los valores representativos de deuda que figuran en balance tienen entre otras las siguientes características:
 - Fecha de emisión y adquisición: 2 de enero de 2013.
 - Número de títulos: 10.000.
 - Valor nominal: 10 euros.
 - Valor de emisión: 9 euros.
 - Tipo de interés: 6% anual pagadero por años vencidos el 2 de enero de cada año.
 - Fecha de amortización: 2 de enero de 2016.
 - Los títulos no cotizan.
 - Los gastos de la operación ascendieron a 200 euros.

12. La amortización de la propiedad industrial se realiza por el método lineal y se estima su vida útil en 10 años.
13. Se abona la nómina del mes de diciembre del personal que tiene el siguiente desglose:
 - Sueldos y salarios: 40.000 euros.
 - Seguridad Social a cargo de la empresa: 8.000 euros.
 - Seguridad Social a cargo de los trabajadores: 4.000 euros.
 - Impuestos retenidos: 6.000 euros.

Quedan pendientes de pago la deuda con la Seguridad Social y los impuestos retenidos.
14. El impuesto sobre beneficios correspondiente al ejercicio 2013 es de 200.000 euros.

Trabajo a realizar por el opositor:

1. Elaborar el balance de comprobación a 1 de diciembre, en la hoja del examen.
2. Contabilizar en el libro diario las operaciones pendientes.
3. Asientos de regularización contable y cierre.
4. Elaborar el balance.
5. Elaborar la cuenta de pérdidas y ganancias.

SOLUCIÓN

Balance de situación a 1 de diciembre de 2013

Saldo deudor	Importe	Saldo acreedor	Importe
Arrendamientos	80.000	Venta de mercaderías	1.360.000
Publicidad	120.000	<i>Rappels</i> por compras	16.000

Saldo deudor	Importe	Saldo acreedor	Importe
.../...			
Primas de seguro	30.000	Hacienda Pública, acreedora por conceptos fiscales	20.000
Construcciones en curso	700.000	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio	4.000
Gastos I+D del ejercicio	20.000	Proveedores	300.000
Devolución de ventas	120.000	Deterioro de valor de créditos comerciales	30.000
Compra de mercaderías	640.000	Amortización acumulada inmovilizado intangible	60.000
Descuentos sobre ventas por pronto pago	20.000	Reservas voluntarias	400.000
Sueldos y salarios	400.000	Reservas estatutarias	120.000
Seguridad Social a cargo de la empresa	40.000	Ingresos por prestaciones de servicios	40.000
Mercaderías	60.000	Beneficios procedentes del inmovilizado material	160.000
Propiedad industrial	100.000	Capital social	1.800.000
Valores representativos de deuda a largo plazo	90.200	Anticipo de clientes	20.000
Clientes	600.000	Reserva legal	120.000
Pérdidas por deterioro de créditos por operaciones comerciales	30.000	Subvenciones, donaciones y legados de explotación	200.000
Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	200.000		
Terrenos	600.000		
Bancos	799.800		
Total	4.650.000	Total	4.650.000

Punto 1

1 de diciembre

Como mayor valor de las naves industriales incluiremos la provisión de desmantelamiento por su valor actual, la cual será actualizada.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	120.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		110.000
143	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado		10.000

31 de diciembre

Por la amortización del activo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	1.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		1.000
	(120.000/10 × 1/12)		

Por la actualización de la provisión de desmantelamiento, retiro y rehabilitación del inmovilizado:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	50	
	(10.000 × 6% × 1/12)		
143	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado		50

Punto 2

Norma de registro y valoración 14.^a. Solo procedemos en un primer momento a reconocer una venta de 16.000 unidades monetarias, por el resto al no poderse considerar la transmisión de los riesgos y beneficios no se reconocerá la venta.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Clientes (16.000 × 10)	160.000	
700	Venta de mercaderías		160.000

En el momento que nos comunican que se quedan con el resto de las mercaderías reconocemos la venta. Existe transmisión de los riesgos y beneficios.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Clientes (2.000 × 10)	20.000	
700	Venta de mercaderías		20.000

Punto 3

La campaña de publicidad tiene una duración de un año, habiéndose devengado en este ejercicio únicamente los gastos correspondientes a nueve meses. Por el resto reconocemos un gasto anticipado:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
480	Gastos anticipados	30.000	
627	Publicidad (120.000 × 3/12)		30.000

Punto 4

Al igual que en el punto anterior debemos reconocer la parte de gasto anticipado:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
480	Gastos anticipados	25.000	
625	Primas de seguros (30.000 × 10/12)		25.000

Punto 5

Por la contabilización de los costes incurridos en el inmovilizado en curso:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	400.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (350.000 + 50.000)		400.000

Punto 6

Procedemos en primer lugar a calcular el coste medio de las mercaderías:

- Precio medio ponderado = $\frac{60.000 + 640.000 - 16.000}{20.000 + 160.000} = 3,8$
- Existencias iniciales = 60.000 um (20.000 unidades).
- Compra de mercaderías = 640.000 um (160.000 unidades).
- *Rappels* por compras: 16.000 um.
- Existencias finales = Existencias iniciales + Compras - Ventas = 20.000 + 160.000 - 136.000 + 10.000 = 54.000.
- Valoración de las existencia finales = 54.000 × 3,8 = 205.200.

Por la regularización de las existencias:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías	60.000	
300	Mercaderías		60.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías	205.200	
610	Variación de existencias de mercaderías		205.200

Comprobamos la existencia de un posible deterioro:

- Valor contable 205.200
- Valor neto realizable (54.000 × 3,5) 189.000

Existe un deterioro de: 205.200 - 189.000 = 16.200.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
693	Pérdidas por deterioro de existencias	16.200	
390	Deterioro de valor de las mercaderías		16.200

Punto 7

Nos encontramos ante una partida monetaria conforme a la norma de valoración de moneda extranjera, y para ello debemos reconocer la posible variación de valor por el tipo de cambio en pérdidas y ganancias:

- Valor contable de proveedores moneda extranjera 200.000
(260.000 \$ × 1 €/1,3 \$)
- Valor tipo de cambio de cierre 260.000
(260.000 \$ × 1 €/1 \$)

Existe un incremento del valor de nuestra obligación de pago por importe de 60.000.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
668	Diferencias negativas de cambio	60.000	
4004	Proveedores moneda extranjera		60.000

Punto 8

Nos encontramos ante una partida monetaria conforme a la norma de valoración de moneda extranjera, y para ello debemos reconocer la posible variación de valor por el tipo de cambio en pérdidas y ganancias:

- Valor contable de clientes moneda extranjera 80.000
(50.000 £ × 1,6 €/£)
- Valor tipo de cambio de cierre 75.000
(50.000 £ × 1,5 €/£)

Existe una minoración del valor de nuestro derecho por importe de 5.000.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
668	Diferencias negativas de cambio	5.000	
4304	Cientes moneda extranjera		5.000

Punto 9

Conforme al principio de devengo y a la norma de valoración 23.^a, debemos contabilizar los ingresos por prestaciones de servicios contra reservas al haberse devengado en el ejercicio anterior.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
705	Ingresos por prestación de servicios	40.000	
113	Reservas voluntarias		40.000

Por el reconocimiento de los ingresos devengados en este ejercicio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Clientes	100.000	
705	Ingresos por prestación de servicios		100.000

Punto 10

Por la dotación de la provisión:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
678	Gastos excepcionales	16.000	
142	Provisión para otras responsabilidades		16.000

Punto 11

Adquiere títulos de renta fija que no cotizan en ningún mercado, tienen vida definida y pagos de cupones determinados. Estarán clasificados en la cartera de préstamos y partidas a cobrar, que debemos llevarla a coste amortizado aplicando el tipo de interés efectivo.

- Precio de adquisición: $10.000 \times 9 + 200 = 90.200$.
- Valor nominal: 10.
- Cupón: 6% anual.
- Vencimiento: 2 de enero de 2016.

Cálculo del tipo de interés efectivo:

$$90.200 = 6.000 \cdot 4 \cdot \text{tie} + 106.000 \times (1 + \text{tie})^{-4}$$

$$\text{Tie} = 9,027\%$$

	Cobros	Intereses	Capital amortizado	Capital vivo
0				90.200
1	6.000	8.142,11	-2.142,11	92.342,11
2	6.000	8.335,47	-2.335,47	94.677,58
3	6.000	8.546,29	-2.546,29	97.223,87
4	106.000	8.776,13	97.223,87	0

A 31 de diciembre por el devengo de los intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
546	Intereses a corto plazo de valores representativos de deudas	6.000	
251	Valores representativos de deuda a largo plazo	2.142,11	
761	Ingresos de valores representativos de deuda		8.142,11

Punto 12

Amortización de la propiedad industrial:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible	10.000	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible		10.000

Punto 13

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios	40.000	
642	Seguridad Social a cargo de la empresa	8.000	
476	Organismos de la Seguridad Social acreedores		12.000
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas		6.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		30.000

Punto 14

Por el reconocimiento del gasto por impuesto sobre beneficios:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
630	Impuesto sobre beneficios corriente	200.000	
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre beneficios		200.000

REGULARIZACIÓN Y CIERRE

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	1.801.250	
621	Arrendamientos y cánones		80.000
627	Publicidad y propaganda		90.000
625	Primas de seguros		5.000
620	Gastos de I+D del ejercicio		20.000
708	Devolución de ventas		120.000
600	Compras de mercaderías		640.000
706	Descuentos sobre ventas por pronto pago		20.000
640	Sueldos y salarios		440.000
642	Seguridad Social a cargo de la empresa		48.000
650	Pérdidas de créditos comerciales		30.000
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		1.000
693	Pérdidas por deterioro de existencias		16.200
668	Diferencias negativas de cambio		65.000
678	Gastos excepcionales		16.000
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible		10.000
630	Impuesto sobre beneficios		200.000
660	Gastos financieros por actualización de provisiones		50

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
700	Ventas de mercaderías	1.540.000	
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
609	Rappels por compras	16.000	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio	4.000	
705	Ingresos por prestaciones de servicios	100.000	
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material	160.000	
740	Subvenciones de explotación	200.000	
610	Variación de mercaderías	145.200	
761	Ingresos de valores representativos de deuda	8.142,11	
129	Resultado del ejercicio		2.173.342,11

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones	26.000	
400	Proveedores	360.000	
490	Deterioro de valor de créditos comerciales	30.000	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible	70.000	
113	Reservas voluntarias	440.000	
1141	Reservas estatutarias	120.000	
100	Capital social	1.800.000	
438	Anticipos de clientes	20.000	
143	Provisión desmantelamiento	10.050	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	1.000	
390	Deterioro de valor de las mercaderías	16.200	
142	Provisión de responsabilidades	16.000	
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores	12.000	
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades	200.000	
112	Reserva legal	120.000	
129	Resultado del ejercicio	372.092,11	
231	Construcciones en curso		1.220.000
300	Mercaderías		205.200
203	Propiedad industrial		100.000
251	Valores representativos de deuda a largo plazo		92.342,11
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
430	Clientes		875.000
250	Inversiones financieras a largo plazo instrumentos de patrimonio		200.000
210	Terrenos		600.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		259.800
480	Gastos anticipados		55.000
546	Intereses a corto plazo de valores representativos de deudas		6.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

Contabilidad financiera

1. El 2 de enero de 2010 a la sociedad LSA el banco X le concede un préstamo por importe de 5.000.000 de euros. Los gastos de formalización ascienden a 50.000 euros y su amortización se realizará en dos cuotas de 2.700.000 euros cada una a pagar el 2 de enero de 2011 y el 2 de enero de 2012.

2. En el balance de la sociedad LSA figuran las siguientes cuentas:

- Maquinaria: 1.000.000 de euros.
- Amortización acumulada inmovilizado material: 600.000 euros.

La maquinaria se adquirió el 1 de enero de 2006 y se estimó una vida útil de 10 años con una amortización en cuotas lineales. En el momento actual diciembre de 2012, se considera que su valor razonable es de 200.000 euros y los costes de venta de 10.000 euros, los flujos de efectivo esperado son: ejercicio actual 100.000 euros, e igual en los siguientes ejercicios, se aplica un tipo de descuento del 5%.

3. El 1 de enero de 2012, la sociedad LSA emite un empréstito de obligaciones ordinarias con las siguientes características:

- Número de títulos: 240.000.
- Valor de emisión a la par.
- Valor de reembolso: 11 euros.
- Gastos de la operación: 4.800 euros.
- Interés nominal: 3% anual pagadero por anualidades vencidas.

- El interés efectivo es del 7,9%.
- Fecha de vencimiento: 1 de enero de 2014.

Trabajo a realizar por el opositor:

Realizar las anotaciones contables que realiza la sociedad LSA correspondientes a los diferentes ejercicios.

SOLUCIÓN

Punto 1

Concesión de un préstamo a la sociedad LSA. Características del préstamo:

- Importe del préstamo 5.000.000
- Gastos de formalización 50.000

Amortización mediante el pago de dos cuotas de 2.700.000 cada una a pagar el 2 de enero de 2011 y el 2 de enero de 2012.

Este pasivo debemos clasificarlo en la cartera de préstamos y partida a pagar. Para ello debemos aplicar el método de coste amortizado y determinar el tipo de interés efectivo.

Cálculo del tipo de interés efectivo:

$$(5.000.000 - 50.000) = 2.700.000 \times (1 + tie)^{-1} + 2.700.000 \times (1 + tie)^{-2}$$

Resolviendo la ecuación obtenemos un $tie = 6,002$.

Cuadro de amortización de la deuda:

	Pagos	Intereses	Capital amortizado	Capital vivo
0				4.950.000
1	2.700.000	297.114,32	2.402.885,68	2.547.114,32
2	2.700.000	152.885,68	2.547.114,32	0

Contabilización de las operaciones.

Concesión del préstamo el 2 de enero de 2010:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	4.950.000	
520	Deudas con entidades de crédito		4.950.000

Devengo de interés el 31 de diciembre de 2010:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	297.114,32	
520	Deudas con entidades de crédito		297.114,32

Por el pago de la primera cuota el 2 de enero de 2011:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
520	Deudas con entidades de crédito	2.700.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.700.000

Devengo de interés el 31 de diciembre de 2011:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	152.885,68	
520	Deudas con entidades de crédito		152.885,68

Por el pago de la segunda cuota el 2 de enero de 2011:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
520	Deudas con entidades de crédito	2.700.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.700.000

Punto 2

Debemos determinar si la maquinaria se encuentra deteriorada. Para ello realizaremos un test de deterioro.

Valor neto contable maquinaria = 1.000.000 – 600.000 – 100.000 (amortización del año 2012) = 300.000

Importe recuperable el mayor de:

- Valor razonable – costes de venta (200.000 – 10.000) 190.000
- Valor en uso (100.000 \times 0,05) 272.324,8

Deterioro = 300.000 – 272.324,8 = 27.675,2

Asiento contable:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
691	Pérdidas por deterioro del inmovilizado material	27.675,2	
291	Deterioro de valor del inmovilizado material		27.675,2

Punto 3

La entidad LSA emite un empréstito con las siguientes características:

- Número de títulos: 240.000.
- Valor de emisión a la par.
- Valor de reembolso: 11.
- Gastos de la operación: 4.800.
- Interés nominal 3 % anual pagadero por anualidades vencidas.
- El interés efectivo es del 7,9%.
- Fecha de vencimiento: 1 de enero de 2014.

En primer lugar, debemos obtener el precio de emisión, ya que el enunciado únicamente nos indica que se emiten a la par sin facilitar dicho importe.

Establecemos la relación en función del tipo de interés efectivo, llamando VE al valor de emisión de las obligaciones:

$$(240.000 \times VE) - 4.800 = (240.000 \times VE) \times 0,03 / (1 + 0,079)^{-1} + (240.000 \times VE) \times 0,03 / (1 + 0,079)^{-2}$$

$$VE = 10$$

Cuadro de amortización del empréstito:

	Pagos	Intereses	Capital amortizado	Capital vivo
0				2.395.200
1	72.000	189.736,72	-117.736,72	2.512.936,72
2	2.712.000	199.063,28	2.512.936,72	0

Contabilización:

1 de enero de 2012:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	2.395.200	
177	Obligaciones a largo plazo		2.395.200

Por el devengo de intereses a 31 de diciembre de 2012:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones	189.736,72	
177	Obligaciones a largo plazo		117.736,72
506	Intereses a corto plazo de empréstitos		72.000

Por el pago de los intereses a 1 de enero de 2013:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
506	Intereses a corto plazo de empréstitos	72.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		72.000

Reclasificación del empréstito de largo plazo a corto plazo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
177	Obligaciones a largo plazo	2.395.200	
500	Obligaciones a corto plazo		2.395.200

Por el devengo de intereses a 31 de diciembre de 2013:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones	199.063,28	
500	Obligaciones a corto plazo		127.063,28
506	Intereses a corto plazo de empréstitos		72.000

Por el pago de los intereses y amortización de los títulos a 1 de enero de 2014:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
506	Intereses a corto plazo de empréstitos	72.000	
500	Obligaciones a corto plazo	2.640.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.712.000