

- La inexistencia de motivos económicos válidos y sus consecuencias prácticas. *Ana Belén Prósper Almagro*
- Los informes motivados vinculantes. *Modesto Fabra Valls*
- Los intermediarios fiscales. *Ramón Bonell Colmenero*
- UE: Prohibición de discriminar fiscalmente a los no residentes. *Francisco José Cañal García*
- Ámbito de aplicación de la Directiva matriz-filial en los casos de sujeción a tipo cero. *M.ª del Carmen Cámara Barroso*
- ISD: caso práctico. *Ángel Zaera Casado*
- Caso práctico de Interventores y Auditores del Estado. *Ana Luna García González*

# REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Julio 2017 – Número 412

## 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.<sup>a</sup> 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](mailto: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"> <li>• Suscriptores: 18 €</li> <li>• No suscriptores: 22 €</li> </ul>

En la página [www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm](http://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](mailto:revistacef@cef.es)

**Edición electrónica:** [www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm](http://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](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).*

La suscripción a esta revista se complementa con la remisión a su dirección de correo electrónico de un BOLETÍN quincenal de novedades legislativas, selección de jurisprudencia y consultas de la DGT.

## SUMARIO

### REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN (Comentarios y casos prácticos)

Página

#### TRIBUTACIÓN


##### ESTUDIOS

- 61/2017** Modificaciones estructurales y motivos económicos válidos: logros, conflictos y desafíos pendientes  
*Structural modifications of commercial companies and valid commercial reasons: achievements, conflicts and remaining challenges* ..... 5  
(Ana Belén Prósper Almagro)
- 62/2017** Los informes motivados vinculantes como instrumento para la interpretación y aplicación de los incentivos fiscales a la innovación  
*Binding rulings as an instrument for the interpretation and application of fiscal incentives for innovation* ..... 47  
(Modesto Fabra Valls)
- 63/2017** Los intermediarios fiscales: su impacto en la concienciación cívico-tributaria (gestión y recaudación tributaria)  
*Study into the role of tax intermediaries: to consolidate and strengthen tax awareness in our society (tax collection management)* ..... 83  
(Ramón Bonell Colmenero)

##### ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

- 64/2017** Unión Europea: Prohibición de discriminar fiscalmente a los no residentes (Análisis de la STJUE de 9 de febrero de 2017, asunto C-283/15) .. 121  
(Francisco José Cañal García)
- 65/2017** Interpretación del concepto «sociedad de un Estado miembro» contenido en la Directiva matriz-filial en los casos de sujeción al impuesto a un tipo cero de gravamen (Análisis de la STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15) ..... 131  
(María del Carmen Cámara Barroso)


## CASO PRÁCTICO

<b>66/2017</b> Impuesto sobre sucesiones y donaciones (caso práctico).....	139
 (Ángel Zaera Casado)	

## CONTABILIDAD

## CASO PRÁCTICO

<b>67/2017</b> Primera parte del segundo ejercicio resuelto del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado .....	141
(Ana Luna García González)	

 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.*

## MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS: LOGROS, CONFLICTOS Y DESAFÍOS PENDIENTES

Ana Belén Prósper Almagro

Personal Investigador en Formación, Programa VALi+d GVA.  
Universidad de Valencia

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

---

### EXTRACTO

La Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros supuso un significativo avance dentro del proceso de armonización de la imposición directa mediante el establecimiento de un régimen fiscal basado en la neutralidad impositiva. A su vez, la transposición de esta normativa al Derecho español permitió, asimismo, la expansión de este régimen fiscal al resto de modificaciones estructurales efectuadas entre entidades nacionales. En este marco, el presente trabajo se propone analizar, por un lado, la gama de requisitos necesarios para su aplicación y, por otro, el conjunto de presupuestos que pueden reconducir a su denegación total o parcial, esencialmente ante la carencia de un motivo económico válido que justifique y constituya la *ratio essendi* de la operación de reestructuración. En definitiva, una oda a los logros alcanzados, una pauta frente a los conflictos presentados y una advertencia ante los desafíos que todavía presenta la controvertida aplicación de este régimen fiscal.

**Palabras clave:** impuesto sobre sociedades, modificaciones estructurales, motivos económicos válidos, Directiva europea de fusiones y cláusula antiabuso.

---

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 20-03-2017

## STRUCTURAL MODIFICATIONS OF COMMERCIAL COMPANIES AND VALID COMMERCIAL REASONS: ACHIEVEMENTS, CONFLICTS AND REMAINING CHALLENGES

Ana Belén Prósper Almagro

---

### ABSTRACT

On 23 July 1990 the Council adopted Directive 90/434/EEC on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States. The objective was to remove fiscal obstacles to cross-border reorganisations involving companies situated in two or more Member States by providing a tax deferral regime that ensured the fiscal neutrality. At the same time, the transposition of the Directive into national legislation permitted the expansion of this regime to the structural modifications between two or more Spanish companies. In this context this paper will focus on the essential conditions for applying the tax deferral, in particular, the one that demands that the structural operations should be carried out for valid commercial reasons. A good opportunity to remember which are the achievements reached in this matter and which are the unresolved challenges that are still remaining.

**Keywords:** corporate tax, structural modifications, valid commercial reasons, the EU merger Directive and anti-avoidance clause.

---

---

## Sumario

1. Breve referencia a la evolución de la armonización fiscal directa
2. Las operaciones de reestructuración en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades
  - 2.1. Requisitos de carácter objetivo
    - 2.1.1. Fusiones
    - 2.1.2. Escisiones
    - 2.1.3. Aportaciones no dinerarias de rama de actividad y aportaciones no dinerarias especiales
    - 2.1.4. Canje de valores
    - 2.1.5. Cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro de la Unión Europea
  - 2.2. Requisitos subjetivos
  - 2.3. Requisitos formales
3. Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de reestructuración empresarial
  - 3.1. Requisitos para la aplicación de la cláusula antiabuso
  - 3.2. La norma antielusiva española del artículo 89.2 de la LIS
  - 3.3. Motivos económicos válidos admitidos por la DGT
  - 3.4. La última posición del TS
4. Consecuencias prácticas de la inaplicación del régimen fiscal por sentencia judicial
5. Últimas consideraciones

### Bibliografía

## 1. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LA ARMONIZACIÓN FISCAL DIRECTA

De acuerdo con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma de 1957, de ahora en adelante TCE) constituía uno de los principios primordiales de la Comunidad el establecimiento de un mercado común donde desarrollar de manera armoniosa, equilibrada y sostenible la actividad económica en su conjunto (*vid.* art. 2). Un ambicioso proyecto que empezó a adquirir un contenido específico, en punto a la dimensión de la fiscalidad, mediante la publicación en 1985 del «Libro Blanco sobre la consecución del Mercado Interior», donde se especificaba la necesidad, como condición indispensable para el funcionamiento de este, de la supresión del conjunto de barreras físicas, técnicas y fiscales que distanciaban entre sí a los Estados miembros<sup>1</sup>.

En este sentido, y por lo que respecta a la erradicación de las barreras tributarias, el Libro Blanco apostaba por una doble medida para su consecución, a saber, la prohibición de los derechos de aduana a la importación entre Estados miembros y la armonización del conjunto de sistemas impositivos nacionales<sup>2</sup>. Ambas disposiciones se consideraban de carácter imprescindible para garantizar el principio de libre circulación de las mercancías. Si bien, mientras que la primera de las medidas enunciadas —la supresión de los derechos de aduanas y restantes exacciones equivalentes— se consiguió rápidamente aprobar mediante la inserción de los artículos 23 y 25 del TCE, el mismo grado de satisfacción no se consiguió alcanzar respecto a la armonización fiscal. En efecto, aunque en esta materia también se produjeron avances sustanciales, no obstante, la gran mayoría de ellos se focalizaron dentro de la imposición indirecta (IVA e impuestos especiales), al considerarse que estos tributos podían incidir de una manera más acusada sobre los precios finales de consumo y, por ende, manipular más fácilmente la competencia.

Además, cabe indicar que, a diferencia de la imposición indirecta, cuya armonización fiscal expresamente exigía el artículo 95 del TCE<sup>3</sup>, no existía *a contrario sensu* una disposición seme-

<sup>1</sup> Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 junio 1985) COM (85) 310 final, 14 de junio de 1985.

<sup>2</sup> Un análisis del resto de medidas diseñadas para eliminar las barreras físicas y técnicas lo encontramos en FERNÁNDEZ NAVARRETE, D.: *Fundamentos Económicos de la Unión Europea*, Thomson, Madrid, 2007.

<sup>3</sup> De acuerdo con dicho precepto «Ningún Estado miembro gravará directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares. Asimismo, ningún Estado miembro gravará los productos de los demás Estados miembros con tributos internos que puedan proteger indirectamente otras producciones. Los Estados miembros derogarán o modificarán, a más tardar al comienzo de la segunda etapa, las disposiciones vigentes a la entrada en vigor del presente Tratado contrarias a las normas precedentes». Aunque, algunos autores como CORRAL

jante relativa a la unificación de la imposición directa<sup>4</sup>. En este sentido, tal y como se desprendía del conocido como Informe Neumark<sup>5</sup>, se consideraba que las discrepancias que pudieran producirse dentro de la imposición sobre la renta de los individuos, ya fueran estas personas físicas o jurídicas, podían plenamente subsistir sin afectar por ello a la consecución de los fines de la Comunidad Económica Europea. De ahí que no resultara extraño que las primeras propuestas de armonización del impuesto sobre sociedades resultaran del todo infructuosas<sup>6</sup>. Tanto que hasta en 1980, la Comisión de la Comunidad Europea afirmó a través de su Comunicación COM (80) 139 que cualquier intento al respecto probablemente estaría condenado al fracaso<sup>7</sup>.

Unos precedentes que aconsejaron que los esfuerzos a desarrollar en esta materia se efectuaran de manera sesgada y limitada a aquellos sectores que alterasen de manera esencial las libertades de circulación. Así pues, uno de los sectores en los cuales el Libro Blanco instaba expresamente a la consecución de una homogeneización fiscal era en materia de reestructuraciones empresariales entre sociedades pertenecientes a distintos Estados miembros<sup>8</sup>. Y ello por una

---

ANUARBE, P.: «La interpretación del principio de igualdad tributaria por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 4, Complutense, Madrid, 1994, consideran que: «Conforme a la clasificación, establecida por Wáegeubaur, sobre las disposiciones fiscales, según se refieran a la *supresión de discriminaciones* o a la *armonización entre las legislaciones de los Estados miembros*, el artículo 95 del Tratado CE se encuentra incluido dentro del primer grupo, y por tanto, no conlleva una armonización fiscal, sino que establece una prohibición que obliga a los Estados miembros constantemente con independencia del grado de armonización. Esta prohibición limita sensiblemente la soberanía nacional».

<sup>4</sup> Aunque esta podía argumentarse mediante una interpretación extensiva de las previsiones establecidas en el artículo 100 del TCE. Véase al respecto, CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.): *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, 2008, pág. 644, al indicar que «la actividad desplegada en el campo de la imposición directa ha tenido como base jurídica fundamental el artículo 94 (antiguo 100) del TCE, es decir, en materia de imposición directa se sigue el llamado procedimiento de consulta, en el que la intervención del Parlamento es mucho más limitada que en el procedimiento de codecisión [...]. El artículo 94 del TCE condiciona la adopción de disposiciones comunitarias al concurso de la unanimidad de los Estados miembros en el Consejo [...]. A pesar de ello, el artículo 94 del TCE ha constituido la base jurídica para aprobar Directivas que han tenido, como veremos, efectos importantes sobre los ordenamientos de los Estados miembros en el campo de los impuestos sobre la renta de las personas físicas y jurídicas».

<sup>5</sup> *Vid.* «Neumark Report: The EEC Reports on tax harmonisation (the Report of the Fiscal and Financial Committee and the Reports of the Sub-Group A, B and C)», Ámsterdam, 1963. Publicado en castellano como «Informe del Comité Fiscal y Financiero de la CEE (Informe Neumark)» en *Documentación Económica*, n.º 53, 1965.

<sup>6</sup> *Vid.* en este sentido la Propuesta de Directiva concerniente a la armonización de los sistemas de imposición sobre sociedades y de los regímenes de retención en la fuente sobre los dividendos (DOCE 253/2, de 5 de noviembre de 1975).

<sup>7</sup> Sobre los intentos de armonización del impuesto sobre sociedades puede verse MAGRANER MORENO, F. J.: *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2009.

<sup>8</sup> Es de resaltar que si bien la Tercera Parte del Libro Blanco se dedica en su integridad a la eliminación de las barreras fiscales, no obstante, su contenido se limita a tratar meramente la armonización de los impuestos indirectos. La razón descansa en el hecho de que en la Segunda Parte del Libro, dedicada a la supresión de las barreras técnicas, ya se había analizado la necesidad de la homogeneización de la imposición directa como garantía de la libertad de circulación de los trabajadores.

sencilla razón, que era la necesidad de establecer un marco fiscal más ventajoso que permitiera la creación de grandes empresas europeas capaces de competir con multinacionales de otros continentes (fundamentalmente Estados Unidos y Japón<sup>9</sup>). Una labor de unificación que, aunque tardó veintiún años en fraguarse<sup>10</sup>, finalmente se acometió mediante la publicación en 1990 de la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros<sup>11</sup> (de ahora en adelante, la «Directiva» o «Directiva de fusiones»).

Un gran hito dentro del lento pero irrefrenable proceso de armonización fiscal que aspiraba a introducir como principios rectores del régimen tributario aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial, los de neutralidad fiscal y ausencia de intervención administrativa. Así pues, respecto al primero de ellos, el objetivo consistía en eliminar el coste fiscal asociado a la ejecución de este tipo de operaciones tanto para las empresas involucradas como para sus propios socios. La neutralidad era posible mediante el mecanismo del diferimiento de las plusvalías resultantes de la transmisión de los elementos patrimoniales como consecuencia de las operaciones de reordenación. De tal modo que estas rentas obtenidas se diferían o trasladaban a las sociedades adquirentes de la totalidad o parte del patrimonio, siendo incluso las mismas efectivas cuando estas se materializaran por la cesión de tales elementos en un momento posterior. Además, se instaba a los Estados miembros a que no se supeditara la aplicación de este régimen fiscal a una previa autorización administrativa, todo ello en aras de favorecer y facilitar la realización de esta clase de operaciones transfronterizas.

Ahora bien, la mencionada Directiva pronto sería objeto de una necesaria actualización ante la presencia de ciertas deficiencias y lagunas legislativas. En este marco, se presentó en 1993 una propuesta de modificación cuyo alcance consistía en extender, por una parte, el ámbito subjetivo de

<sup>9</sup> De manera expresa indica en su página 18 el Libro Blanco: «Until such barriers are removed, Community manufacturers are forced to focus on national rather than continental markets and are unable to benefit from the economies of scale which a truly unified internal market offers. Failure to achieve a genuine industrial common market becomes increasingly serious since the research, development and commercialisation costs of the new technologies, in order to have a realistic prospect of being internationally competitive, require the background of a home market of continental proportions».

<sup>10</sup> Vid. Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de Estados miembros distintos (DOCE C 39, de 22 de marzo 1969).

<sup>11</sup> GARCIA NOVOA, C.: «La Directiva 90/434/CEE: "Operaciones de reestructuración empresarial y planificación fiscal de patrimonios"», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 239, 2004: «El origen remoto de la Directiva del Consejo 90/434/CEE, de 23 de julio, [...] hay que situarlo en el Programa de armonización fiscal presentado por la Comisión al Consejo el 8 de febrero de 1967. Este documento proponía, entre otras medidas, una serie de ellas concernientes a la reestructuración y concentración de empresas, señalando la necesidad de establecer un régimen favorable a las fusiones y a las aportaciones realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros. Por su parte, el Programa de armonización de los impuestos directos presentado como comunicación de la Comisión al Consejo el 26 de junio de 1967, hizo especial hincapié en los instrumentos necesarios para el desarrollo de las empresas comunitarias. Se indicaba con especial insistencia la necesidad de supresión de los obstáculos fiscales a las operaciones de concentración que permitan a las empresas adaptarse a las dimensiones del mercado común y conseguir que estas sean competitivas en el plano mundial».

aplicación de la Directiva, que estaba limitado al conjunto de formas societarias recogidas en la lista cerrada de su anexo y, por otra parte, resolver cierto problema técnico de coordinación con la Directiva matriz-filial<sup>12</sup>. Sin embargo, ninguna de estas propuestas vería la luz hasta la aprobación de la Directiva 2005/19/CE, la cual además introdujo como otras novedades destacadas la ampliación del régimen a las escisiones parciales, la adecuación del mismo a las recién creadas Sociedades Anónimas Europeas (SE) y Sociedades Cooperativas Europeas (SCE)<sup>13</sup> y la resolución de determinados problemas vinculados a las entidades transparentes o las transformaciones de sucursales en filiales<sup>14</sup>.

Un proceso de depuración de la primigenia Directiva que concluiría con la publicación de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre, cuya finalidad era la de ofrecer una mayor racionalidad y claridad a este régimen fiscal a través de su codificación en un único texto legal. Una evolución normativa que, a su vez, nos permite acotar el contenido del presente trabajo en el análisis de dos de sus aspectos estructurales, tales y como son, por un lado, el aludido principio de neutralidad, en virtud del cual se consigue abolir cualesquiera desventaja tributaria asociada a una reestructuración económica y, por otro, la restricción de la aplicación de este beneficio fiscal en los supuestos en los cuales no existiera un *motivo económico válido*. Para dicho objetivo, repasaremos el conjunto de sentencias procedentes tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como del Tribunal Supremo (TS) que han conseguido moldear la gama de requisitos necesarios para la aplicación de este régimen, haciendo especial hincapié en el estudio de la mencionada cláusula antiabuso, mediante la cual se ha pretendido alcanzar un justo equilibrio entre la defensa de las libertades comunitarias y la lucha contra el fraude fiscal.

## 2. LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EN LA LEY 27/2014, DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

A través de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, el legislador español introdujo en nuestro ordenamiento tributario las disposiciones relativas a la Directiva 90/434/CEE y derogó asimismo la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas. A la sazón esto implicó una expansión de este régimen fiscal en nuestro sistema impositivo en un triple nivel: espacial, objetivo y subjetivo<sup>15</sup>. Desde el punto de vista espacial, debido

<sup>12</sup> *Vid.* en este sentido, el documento COM/93/293 final.

<sup>13</sup> Recordemos que en 2001 el Consejo aprobó el Reglamento (CE) n.º 2157/2001, del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) y posteriormente en 2003 el Reglamento (CE) n.º 1435/2003, del Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE).

<sup>14</sup> Para un estudio pormenorizado del conjunto de estas modificaciones puede verse PALAO TABOADA, C.: «La modificación de la Directiva de fusiones» en *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, 2007, págs. 831 y ss.

<sup>15</sup> *Vid.* NAVARRO EGEA, M.: «La fusión de sociedades en la Unión Europea a resultas de la Directiva 90/434/CEE», *Revista Española de Derecho Financiero*, 1999, n.º 101, págs. 95 y ss.

al hecho de que la normativa española no se limitaba a acomodar este régimen a las operaciones efectuadas en la Unión Europea, sino que muy por el contrario, el mismo también lo ampliaba al resto de operaciones de ámbito nacional. En segundo lugar, en cuanto a su aspecto objetivo, la ley estatal igualmente permitía su uso a diferentes operaciones de reestructuración empresarial, más allá de las clásicas definidas como fusiones, escisiones, aportaciones de activos o canje de acciones, siempre y cuando las mismas produjeran efectos equivalentes. Y desde el punto de vista subjetivo, por la flexibilidad marcada a la hora de configurar los requisitos exigibles a los sujetos pasivos que quisieran acogerse a este sistema neutral.

En la actualidad, no obstante, este régimen fiscal aparece recogido en el título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades (LIS). Al respecto, podemos observar importantes modificaciones en referencia con el texto original, si bien, no por ello, se han perdido a lo largo de estos años los principios y objetivos que constituyen su basamento jurídico y que podemos resumir a través de estos tres caracteres: *en primer lugar*, que la entidad cedente de todo o parte de su patrimonio no integrará en la base imponible del impuesto sobre sociedades las rentas resultantes de la concreta operación efectuada; *en segundo lugar*, que a efectos fiscales, la entidad adquirente valorará los bienes adquiridos a través de la cesión de acuerdo con los mismos valores que estos tenían en la otra entidad, manteniéndose, asimismo, su fecha originaria de adquisición y, *en tercer lugar*, que tampoco se integrarán en la base imponible de los socios de las entidades transmitentes las rentas resultantes del canje de valores, por la diferencia entre el valor normal de mercado de los valores recibidos y el valor contable de los valores entregados<sup>16</sup>.

Ahora bien, la aplicación de este conglomerado de beneficios fiscales se encuentra supeditado a la concurrencia de una horda de requisitos que podemos clasificar según estos sean de carácter *objetivo*, en función del tipo de operación desarrollada; *subjetivo*, en virtud del tipo de entidad beneficiada o *formal*, relativo a la renuncia o automatismo de la aplicación del régimen. Reservando, para un último apartado, el análisis de la rigurosa exigencia de la presencia de un *motivo económico válido* como fundamento finalista o teleológico de la concreta operación de reestructuración.

## 2.1. REQUISITOS DE CARÁCTER OBJETIVO

Como primera condición, resulta menester establecer el conjunto de operaciones que pueden acogerse a este régimen fiscal. En este sentido, de la lectura de los artículos 76 y 77 de la LIS podemos extraer que estas serán las siguientes: las fusiones; las escisiones; las aportaciones no

<sup>16</sup> Además, de acuerdo con la disposición adicional segunda de la LIS «No se devengará el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivadas de operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial regulado en Capítulo VII del Título VII de esta Ley, a excepción de las relativas a terrenos que se aporten al amparo de lo previsto en el artículo 87 de esta Ley cuando no se hallen integrados en una rama de actividad. En la posterior transmisión de los mencionados terrenos se entenderá que el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor no se ha interrumpido por causa de la transmisión derivada de las operaciones previstas en el Capítulo VII del Título VII».

dinerarias de rama de actividad; el canje de valores; las operaciones en las que intervengan sujetos pasivos que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones anteriores; y las operaciones de cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

Al respecto, interesa efectuar un par de matizaciones, en primer lugar, que desde el punto de vista mercantil, las anteriores operaciones de reestructuración se encuentran expresamente definidas –a excepción del canje de valores y la aportación no dineraria de rama– en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME). El matiz es sumamente relevante pues cualquier descoordinación entre la norma fiscal y la mercantil podría suponer la inmediata denegación de la aplicación de este régimen. Ahora bien, en virtud del principio de unicidad, la Dirección General de Tributos (DGT) ha aceptado de manera reiterada la comunicación de conceptos desde la ley mercantil –como ley de origen– a la normativa tributaria –como ley de destino–, de tal modo que cualquier operación que por cumplir mercantilmente los condicionantes necesarios para su calificación como una operación de reordenación, mantendría igualmente dicha denominación a efectos tributarios<sup>17</sup>. Una identidad conceptual que solamente se fracturaría mediante el establecimiento de ciertos requisitos tributarios complementarios que, de ningún modo, pudieran distorsionar la esencia de dichos conceptos. Pero es más, pues de acuerdo con el párrafo 45 de la Sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997 (asunto C-28/95, *Leur-Bloem* [NFJ005725]) «el único supuesto en que los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la Directiva, según su artículo 11 y según su último considerando, es cuando la operación contemplada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal», de lo que se infiere que los ordenamientos tributarios no deberán interpretar de una manera restrictiva las definiciones sobre modificaciones estructurales que incluye la Directiva de fusiones y denegar, en virtud de ello, la aplicación del régimen, pues este debe regir en todas las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones, abstracción hecha de sus motivos, ya sean estos financieros, económicos o puramente fiscales.

Por último, tal y como hemos precisado anteriormente, nuestra normativa interna no limita la aplicación de estos beneficios fiscales a las operaciones de ámbito europeo, sino que igualmente lo extiende a las operaciones nacionales<sup>18</sup>. En este sentido, resulta esencial reproducir el

<sup>17</sup> *Vid.* en este sentido, la Consulta DGT 819/1998, de 14 de mayo (NFC064880), donde se estableció que «La legislación fiscal no establece un concepto de fusión diferente del reflejado en la legislación mercantil, según resulta del artículo 233 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE de 27 de diciembre de 1989), por remisión del artículo 28 de la Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE de 18 de julio de 1953). Por el contrario, el Impuesto sobre Sociedades lo único que regula son las consecuencias fiscales derivadas de un negocio jurídico propio del Derecho mercantil, de tal manera que a efectos impositivos son determinantes las fechas y condiciones en que se produce el acuerdo de fusión». Una interpretación que ha mantenido hasta la doctrina administrativa más reciente.

<sup>18</sup> En concreto, la exposición de motivos de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, establecía que «si bien la norma comunitaria únicamente versa sobre aquellas operaciones que se realicen entre entidades residentes en diferentes Estados

apartado 32 de la Sentencia *Leur-Bloem* en virtud del cual «cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse». De lo que se infiere una concisa consecuencia, esto es, que ante cualquier tipo de controversia surgida de la interpretación de la normativa nacional, los órganos jurisdiccionales españoles estarán constreñidos a elevar una cuestión prejudicial al TJUE, al ser el modelo comunitario la base y fundamento en el cual se sustenta el régimen fiscal nacional<sup>19</sup>.

Efectuadas estas deferencias, resulta ahora oportuno un análisis individual de cada una de las operaciones de reestructuración que, de acuerdo con la normativa mercantil y fiscal, pueden acogerse al régimen especial del capítulo VII de la LIS.

### 2.1.1. Fusiones

De acuerdo con el artículo 22 de la LME: «En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan». Siendo que, a continuación, el artículo 23 de la LME permite distinguir entre la fusión mediante creación y la fusión mediante absorción. Así pues, mientras que en la primera modalidad dos o más sociedades se extinguen después de transmitir sus patrimonios e incorporarse sus socios a una nueva sociedad; en la segunda modalidad una o más sociedades se extinguen pasando a transmitirse sus patrimonios a una sociedad preexistente, a la que, asimismo, se incorporan los socios de las extintas. Estas son pues en definitiva las fusiones con carácter general.

Sin embargo, debemos advertir que la LME también recoge otras modalidades de fusiones a las cuales se les ha adjetivado como especiales y que son las siguientes: la absorción de una sociedad íntegramente participada (art. 49); la absorción de una sociedad participada al 90 % o más

---

miembros de la Comunidad Económica Europea, los principios tributarios sobre los que está construida son igualmente válidos para regular las operaciones entre entidades residentes en territorio español. Por este motivo, se establece un régimen tributario único para unas y otras».

<sup>19</sup> Una deducción que, no obstante, no es compartida por NAVARRO EGEA, M.: «Régimen de fusiones. La eficacia directa de la Directiva 90/434/CEE y su proyección en el régimen tributario interno», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol. III, Parte Estudio, 1998, al reseñar que «Tal conclusión no puede ser asumida sin más discusión, al contrario, en ella se deduce una pugna entre intereses diversos: frente a argumentos como el principio de no discriminación o la interpretación uniforme del Derecho comunitario aparecen otros como la limitación de la soberanía de los Estados miembros o la posible institucionalización de una vía de creación de Derecho comunitario no contemplada en los Tratados».

(art. 50) y supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas (art. 52). Regulando a partir de su artículo 54 las fusiones transfronterizas a las cuales define como «las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española».

Por su parte, la LIS también ha introducido a través de su artículo 76 un concepto fiscal de fusión que viene a coincidir en su integridad con el previsto en el artículo 2 de la Directiva de fusiones, distinguiendo así entre: a) *la fusión por absorción*, que define como aquella que se produce cuando una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad; b) *la fusión por creación de una nueva entidad*, definida como aquella que se genera cuando dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad; y c) la denominada como *fusión impropia*, en la que una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social.

Ya hemos advertido anteriormente que en la actualidad la DGT mantiene la doctrina de que si una operación es calificada desde el punto de vista mercantil como una auténtica fusión, la misma mantendrá idéntica calificación a efectos tributarios. En este sentido, podemos encontrarnos ante un doble escenario, esto es, ante operaciones en las cuales la propia Administración duda acerca de su engranaje dentro del concepto mercantil de fusión y ante operaciones que, aunque mercantilmente declaradas como tal, no obstante, no pueden acceder al régimen fiscal por la carencia de otros requisitos tributarios complementarios. Dentro del primer escenario, podemos situar a las denominadas fusiones inversas o gemelares. En tanto que, en el segundo escenario, la literalidad de la LIS impone como requisito adicional para la aplicación de su régimen la existencia de un motivo económico válido; de ahí que sea posible que existan fusiones mercantilmente consideradas pero no beneficiadas desde el prisma fiscal, si no se respetara dicha condición.

Así pues, resulta evidente que la casuística fáctica que se puede producir en esta materia es sumamente variada y extensa. Por ello mismo, solo vamos a centrarnos en cuatro supuestos especiales que han generado cierta polémica. En primer lugar, por lo que respecta a las *fusiones inversas*, definidas como aquellas en las cuales la entidad absorbida es titular, directa o indirectamente, del 100% del capital de la sociedad absorbente –por ejemplo cuando una filial absor-

be a su entidad matriz–, el problema radicaba en la posibilidad de alcanzar un idéntico resultado práctico por medio de una disolución y liquidación de la entidad dominante, lo que generó a la postre ciertas sospechas en el seno de la Administración acerca de la idoneidad de denominar como fusión a esta concreta operación. La incógnita, sin embargo, fue rápidamente despejada de una manera explícita por el artículo 250 del hoy derogado texto refundido de la Ley de sociedades anónimas (TRLSA), al incluirse esta figura como un supuesto de fusión simplificada. Razón por la cual, a partir de ese momento y sin un impedimento mercantil al respecto, la DGT empezó a admitir la aplicación de su régimen especial a las fusiones inversas (véase la más reciente Consulta V2778/2015, de 25 de septiembre [NFC056377]).

En cambio, mayores problemas interpretativos generó la denominada *fusión gemelar o entre hermanas*, que es la que se produce entre dos entidades participadas, directa o indirectamente, al 100% por un *mismo socio*. El dilema radicaba en el hecho de que el derogado artículo 250 del TRLSA no hacía referencia al término «mismo socio», sino a una «tercera» –presumiblemente entidad–, lo cual fue interpretado por la Administración como que, en los supuestos en los cuales la participación común, tanto de la entidad absorbente como de la absorbida, fuera ostentada por una persona física, no se cumplirían los requisitos mercantiles necesarios para definir a la operación como fusión<sup>20</sup> (véase Consulta V2413/2006, de 29 de noviembre [NFC024143]). Sin embargo, la entrada en vigor de la LME alteró la dicción literal del precepto, insertando en su articulado el término «mismo socio», motivo por el cual la DGT perdió su argumento para denegar la concesión del régimen fiscal. Sin embargo, a raíz de una serie de consultas como la V1357/2009, de 9 de junio [NFC033663], empezó nuevamente a restringirlo en los supuestos de fusiones gemelares en las cuales no se produjera una ampliación de capital en sede de la entidad absorbente. Y ello porque de acuerdo con la normativa mercantil se exigía que en todos los supuestos de fusión, a excepción de la impropia, se atribuyera a los socios títulos representativos del capital. De esta forma, la ampliación de capital se erigió como una condición *sine qua non* para poder calificar una determinada operación como fusión. Un criterio que finalmente también sería abandonado por la Administración tributaria al considerar la inexistencia de variación patrimonial en sede del socio, pues este seguiría participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación de reordenación, con la particularidad de que el valor de la participación en la absorbida se incrementarían en el valor de la participación tenida en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión (véase entre las más recientes la Consulta V0497/2014, de 25 de febrero<sup>21</sup> [NFC050486]).

<sup>20</sup> De acuerdo con PRADA LARREA, J. L.: «Consecuencias fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 86, 2009: «Lo que subyacía en el planteamiento de la DGT [...] era que en los casos de participación común por persona física, las fusiones generales podían convertirse en un mecanismo de envejecimiento de la cartera de las personas físicas, quienes podían remansar plusvalías latentes en las participaciones más antiguas, amortizando los títulos de más reciente titularidad».

<sup>21</sup> Donde se establece expresamente que «Por otra parte, la aplicación del régimen fiscal especial exige que los socios de la sociedad que se extingue como consecuencia de la fusión pasen a ser socios de la sociedad absorbente. Así se desprende del artículo 83.1 a) del TRLIS, al establecer la necesidad de atribuir a los socios de la sociedad absorbida valores representativos del capital de la sociedad absorbente. No obstante, en este caso particular en donde la socie-

En tercer lugar, nos referiremos a la denominada como *fusión apalancada*, regulada por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 35 de la LME y que consiste básicamente en el endeudamiento de una entidad para la adquisición o control de otra, siendo que con posterioridad y en un plazo no superior a tres años, la sociedad endeudada absorbe a la adquirida (fusión impropia) –o viceversa (fusión inversa)–, con el resultado inmediato de que la deuda generada acaba siendo garantizada con el patrimonio de la nueva entidad resultante como consecuencia de la fusión<sup>22</sup>. Y si bien este tipo de fusiones han recibido especial recelo por suponer una excepción a la prohibición general de asistencia financiera, desde el punto de vista fiscal, sus mayores inconvenientes han venido asociados por la posible ausencia de un motivo económico válido. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2007 (rec. núm. 313/2004 [NFJ025984]), en un supuesto de fusión subsiguiente a una compra apalancada donde la absorbente era una entidad *holding*, declaró que «no habiendo acreditado la actora que la operación de fusión realizada responda a un auténtico interés económico, la única conclusión que se alcanza es que se trató de una complicada operación articulada con la única finalidad de obtener un beneficio fiscal, como es que los beneficios obtenidos por MISA desde el año 1998 se reduzcan en el importe del préstamo y en el de la amortización del fondo de comercio generado y no tributen íntegramente». El argumento se sustentaba en el hecho de que no se había producido una mejora de las actividades de las entidades participantes en la operación pues, por un lado, la entidad absorbente antes de la fusión no realizaba ninguna actividad económica más allá de la mera tenencia de acciones y participaciones y, además, con posterioridad a la reestructuración empresarial, la entidad absorbente seguía ejerciendo la misma actividad. Concluyendo, además la sentencia, con una afirmación un tanto controvertida al indicar que «no es admisible que una sociedad pague el coste de adquisición de, precisamente, esa sociedad por un tercero, y no sea este, el adquirente, el que cargue con los gastos de su adquisición», pues precisamente ello es lo que habilitaba el artículo 35 de la LME.

---

dad absorbida y absorbente están íntegramente participadas por el mismo socio de forma directa, no parece absolutamente necesario que se produzca tal atribución de títulos. En efecto, aun cuando no se produzca esa atribución de valores de la sociedad absorbente, al existir un único socio en las entidades que participan en la operación, la situación patrimonial de este no varía sustancialmente ya que sigue participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación de fusión, con la particularidad de que el valor de la participación en la absorbida incrementa el valor de la participación tenida en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión, cumpliéndose así la neutralidad requerida en el capítulo VIII del título VII del TRLIS para la aplicación del régimen fiscal especial.

- <sup>22</sup> Destacamos en esta materia la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2013 (rec. núm. 23/2010 [NFJ050424]) donde relaciona el conjunto de ventajas asociadas a este tipo de operaciones, indicando que «Las ventajas que presenta la fusión apalancada frente a la adquisición ordinaria de la "sociedad objetivo" son múltiples: (a) el apalancamiento permite con una inversión reducida tomar el control de una empresa de gran dimensión; (b) la compañía capital riesgo o *private equity* incrementa muy notablemente los beneficios que obtiene del capital invertido; (c) las entidades financiadoras de la compra apalancada consiguen garantizar el cobro de la deuda con los activos de la empresa comprada; (d) la confusión de patrimonios permite que el pago de la deuda se haga por la propia compañía adquirida, evitándosele a la adquirente, que no carga con el coste fiscal de los repartos de dividendos por la primera que hubiera necesitado la segunda para hacer frente a la deuda contraída por la operación, y, en fin, (e) la compañía comprada asume el coste financiero, pero rebaja significativamente su carga fiscal, al deducir como gasto los intereses satisfechos por los préstamos y la amortización del fondo de comercio que con la fusión se pone de manifiesto».

Sin embargo, con posterioridad, pronunciamientos del TS como los vertidos en sus Sentencias de 12 de noviembre de 2012 (rec. núm. 4299/2010 [NFJ049297]) y 25 de abril de 2013 (rec. núm. 5431/2010) parecen haber suavizado la rigurosidad del pronunciamiento anterior al establecer que «no puede negarse que las fusiones apalancadas pueden perseguir objetivos diversos, no solamente fiscales, como, por ejemplo, facilitar la reorganización empresarial; mejorar la gestión del capital empresarial, evitando la sobrecapitalización, o armonizar los intereses de la propiedad y de la gestión. Deben examinarse pues, caso por caso, cuáles son los objetivos desiguales perseguidos por la operación para determinar si los fiscales son los preponderantes, puesto que solo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la fusión apalancada no se realizó por motivos económicos válidos». De esta forma, el TS deja abierta la vía de que las operaciones de fusión apalancadas puedan responder a motivos económicos válidos que permitan, a su vez, la aplicación del régimen de diferimiento, siempre y cuando estos no consistan en una mera simplificación administrativa o el ahorro de los costes, pues ambas son consecuencias inherentes a todo tipo de fusión por absorción (*vid.* STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, *Foggia* [NFJ044771]).

Finalmente, por lo que concierne a la *cesión global de activos y pasivos*, se ha discutido igualmente acerca de su idoneidad para acogerse al régimen fiscal de diferimiento. Una vacilación que ha sido resuelta de manera negativa por la DGT al considerar que la definición del artículo 81 de la LME, en virtud de la cual «Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios [...]», no se correspondería con ninguna de las operaciones reguladas en la LIS, especialmente por el hecho de que la cesión global de activos y pasivos exige mercantilmente la liquidación de la sociedad extinguida. Por lo que en tales circunstancias deberá tributarse siempre por el régimen general<sup>23</sup> (*vid.* entre la más recientes la Consulta V2443/2013, de 22 de julio [NFC048729]).

<sup>23</sup> Al respecto, MENÉNDEZ GARCÍA, G.: «El régimen tributario de la cesión global de activo y pasivo» en *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ROJO FERNÁNDEZ, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A. (coords.), 2015, Aranzadi, pág. 1.114, «En particular, queda claro hoy que la transmisión a que se refiere el artículo 76.1 c) de la LIS (transmisión por una entidad, "como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación", del "conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social") no puede realizarse a través de la cesión global de activo y pasivo. En efecto, en la operación a que se refiere ese precepto no media la contraprestación característica de la cesión global y, de acuerdo con el artículo 53 de la LMESM, la transmisión en bloque de la totalidad del patrimonio al socio único en pago de su cuota de liquidación, cuando este socio tenga forma societaria, "constituye una fusión". Solo en casos de laboratorio podría entenderse que la cesión global cumple los requisitos de las definiciones de los artículos 76 u 87 de la LIS. Así, la cesión podría subsumirse en el supuesto de hecho de los apartados 3 (aportación de rama de actividad) o 5 (canje de valores) del artículo 76 de la LIS si el patrimonio transmitido consistiera en acciones o participaciones propias, y la sociedad cedente recibiera como contraprestación una rama de actividad de la cesionaria o bien una participación en el capital social de otra entidad que le permita obtener la

### 2.1.2. Escisiones

Según el artículo 68 de la LME existen tres clases o modalidades de escisión: la total, la parcial y la segregación. A la definición detallada de cada una de ellas se dedican los artículos siguientes, si bien con anterioridad a su lectura, debemos precisar que el nexo común que radica entre todas ellas consiste en el tipo de contraprestación que percibe una entidad o sus socios como consecuencia de la transmisión en bloque de todo o parte de su patrimonio y que debe consistir necesariamente en acciones o participaciones en el capital de la entidad beneficiaria –distinguiéndose así empero de la cesión global de activo y pasivo, en la cual la contraprestación por dicha transmisión debe consistir en cosa distinta a acciones o participaciones de las cesionarias<sup>24</sup>–. De esta forma, indica el artículo 69 de la LME que «Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente...»; en tanto que el artículo 70 de la LME define a la escisión parcial como «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes...»; finalmente, por lo que respecta a la segregación o escisión financiera, el artículo 71 de la LME lo configura como «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias». De lo que podemos apreciar que la diferencia radical entre las modalidades de escisión –total o parcial– y la segregación, consiste en que en esta última operación, no son los socios de dicha sociedad los que reciben las acciones o participaciones de la beneficiaria, sino la propia entidad escindida, de tal forma que en los estados contables de esta se producirá un llamativo cambio cualitativo, que no cuantitativo, en el sentido de que el patrimonio segregado será modificado por las nuevas acciones, participaciones o cuotas recibidas.

Por su parte, el artículo 76.2 de la LIS es el encargado de establecer desde el punto de vista fiscal el entramado de escisiones a las cuales se les puede aplicar el régimen de diferimiento. A grandes rasgos, podemos indicar que no existen notables diferencias conceptuales entre unos y otros, si bien, la normativa fiscal impone una serie de requisitos adicionales que generan el siguiente orden de discrepancias respecto a la normativa mercantil:

mayoría de los derechos de voto (o esta participación y una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal de las acciones o participaciones). Del mismo modo, la cesión global podría incardinarse en el supuesto de hecho del artículo 87.1 de la LIS si el patrimonio transmitido consistiera en acciones o participaciones propias que representen, al menos, un 5% de los fondos propios de la entidad cedente y esta recibiera como contraprestación elementos no dinerarios (que no podrán consistir –recuérdese– en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario)».

<sup>24</sup> Vid. IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «Las modificaciones estructurales de las sociedades» en MÉNENDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 2016, Thomson Reuters, 12.ª edición, págs. 589 y ss.

- En primer término, la LIS exige que en los supuestos de escisiones parciales, tanto la parte del patrimonio que se transmite a la nueva entidad como aquella porción del mismo que se mantiene por la sociedad escindida constituyan «ramas de actividad». El cariz es sumamente decisivo pues recordemos que la norma mercantil meramente requiere que estas escisiones del patrimonio constituyan «unidades económicas» y, evidentemente, ambos términos no son homogéneos<sup>25</sup>. Así pues, es el artículo 76.4 de la LIS el que nos define el primero de ellos al establecer que «Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasa», no existiendo *a contrario sensu* dentro de nuestro ordenamiento jurídico una definición concreta de qué debe entenderse por unidad económica autónoma.

Así pues, ha sido el TS quien a través de su Sentencia de 29 de octubre de 2009 (rec. núm. 7162/2004 [NFJ038178]) ha delimitado la gama de requisitos necesarios que debe reunir un bloque patrimonial para ser considerado como rama de actividad y son los siguientes: «a) ha de tratarse de un conjunto de bienes y, en ocasiones, también de personas; b) el conjunto de elementos patrimoniales ha de ser de activo y pasivo; c) ha de tratarse de una rama de actividad de la propia sociedad aportante; d) los bienes

<sup>25</sup> Por su parte, la reciente Sentencia del TS de 20 de julio de 2014 (rec. núm. 5175/2011 [NFJ056238]) también ha declarado la falta de homogeneidad entre el concepto de rama de actividad en el impuesto sobre sociedades con el previsto para el impuesto sobre el valor añadido (IVA). En palabras de este tribunal: «Es indudable que tanto el supuesto de no sujeción en el IVA como el régimen especial del impuesto sobre sociedades buscan facilitar las transmisiones de empresas o de partes de empresas, como efecto derivado y querido del principio de neutralidad fiscal, pero no lo es menos que las características propias y específicas de estos dos impuestos aconsejan diferencias entre ambos. De ahí que el régimen especial de neutralidad del impuesto sobre sociedades demande la concurrencia de motivos económicos válidos en la operación de reestructuración empresarial, cláusula antiabuso que está ausente, por ser innecesaria, en el supuesto de no sujeción del IVA. Por consiguiente, es perfectamente posible que se aplique el supuesto de no sujeción en el IVA, y que no proceda, sin embargo, la aplicación del régimen de neutralidad fiscal en el impuesto sobre sociedades [...]. La transmisión de ramas de actividad exige, en el impuesto sobre sociedades, que el conjunto de elementos patrimoniales transmitidos constituya una unidad económica autónoma o al menos que incipientemente exista en el seno de la entidad una diferenciación organizativa empresarial capaz de funcionar por sus propios medios. Lo que, en cualquier caso, debe quedar claro es que no cabe extrapolar una interpretación relativa a un precepto de la Ley del IVA a la regulación del impuesto sobre sociedades. Y ello aunque solo sea por la autonomía con que se interpretan los preceptos y se califican los hechos en el IVA. Las calificaciones respecto al IVA son autónomas; no cabe interpretar los términos contenidos en la legislación sobre el IVA atendiendo al significado de los mismos ni en las demás leyes tributarias ni en el ordenamiento común (así lo ha dicho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el concepto de entrega de bienes, que no resultaría equiparable al concepto civil de *traditio* en la sentencia *Shipping Forwarding Enterprise* de 4 de febrero de 2000). Esta regla es incompatible con una extensión analógica de las interpretaciones de los preceptos del IVA a otros tributos. Pero, además, desde una perspectiva exegética finalística es evidente que la norma de la Ley del IVA y la de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en las que se incluye el concepto de rama de actividad, responden a fines diferentes».

han de formar una unidad económica coherente, autónoma e independiente de otras; e) ese conjunto de bienes ha de ser capaz de funcionar por sus propios medios; f) la rama de actividad ha de existir cuando se realiza la aportación; no basta que se trate, meramente, de una suma de elementos patrimoniales que potencialmente puedan llegar, en un futuro, a constituir una unidad económica autónoma; g) La sociedad que recibe los bienes debe desarrollar una actividad empresarial en la explotación de los elementos recibidos en la aportación».

*A fortiori*, las posteriores SSTs de 22 de diciembre de 2014 (rec. núm. 812/2013 [NFJ056908]) y 23 de abril de 2015 (rec. núm. 3946/2012 [NFJ058339]) han venido igualmente a reclamar que para la aplicación de este régimen resultará imprescindible que el patrimonio cedido que constituye una rama de actividad fuera ya *preexistente* en la sociedad que se escinde y no se formara solamente en sede de la beneficiaria de la escisión y como consecuencia de esta operación. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del TS no sería pues suficiente con que el bloque patrimonial escindido constituyera una unidad económica coherente, autónoma e independiente, sino que además se exigiría su calificación como rama de actividad al momento de realizarse la aportación. La consecuencia de esta interpretación implicaría pues que solo podrían acogerse a este sistema de neutralidad fiscal las entidades transmitentes que ejecutaran varias actividades separadas y diferenciadas, o lo que es lo mismo, tendrían vetado el poderse acoger a este beneficio fiscal aquellas empresas que solo realizaran una única actividad. Un pronunciamiento que, no obstante, no es unánime entre todos los magistrados que conforman la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, tal y como lo acreditan sendos votos particulares efectuados a la sentencia, y entre los que se resalta la necesidad del planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE<sup>26</sup>, al suponer esta interpretación una aplicación más restrictiva del régimen de la Directiva, todo ello conforme a lo indicado el párrafo 32 de la STJCE de 17 de julio de 1997<sup>27</sup> (asunto C-28/95, *Leur-Bloem* [NFJ005725]).

<sup>26</sup> Cuestión prejudicial que incluso puede ser planteada por los propios TEAR y TEAC, aunque como señala al respecto, SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: «La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015», *RCyT*. CEF, n.º 391, 2015: «La novedad, contenida en el nuevo apartado 3 del artículo 237 de la LGT, era innecesaria e inconveniente como bien acertó a señalar el Consejo de Estado. La única experiencia previa que se recuerda en nuestro país (asunto Gabalfrisa) acabó con el cese del presidente del TEAR de Cataluña, promotor de dicha cuestión prejudicial. Con tal precedente, no parece que su utilización vaya a verse precisamente incrementada en un futuro próximo. De hecho, desde Gabalfrisa no se ha elevado ninguna otra cuestión prejudicial por parte de los TEAR. El Consejo de Estado desaconsejó vivamente ese reconocimiento legal explícito, pues nada añadía a la regulación patria, pero era susceptible, sin embargo, de generar algunos desajustes relevantes».

<sup>27</sup> Sobre la imposibilidad de una interpretación restrictiva del contenido de una Directiva que aboque a su inaplicación, la STJCE de 17 de octubre de 1996 (asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, *Denkavit* [NFJ002240]) estableció que «los Estados miembros no pueden instaurar unilateralmente medidas restrictivas, como la exigencia, en el caso de autos, de que haya transcurrido un periodo mínimo de participación en el momento de la distribución de los beneficios en relación con los cuales se solicite la ventaja fiscal [...]. Por lo tanto, la referida facultad

- En segundo lugar, tanto la LME como la LIS exigen que para todas las modalidades de escisión y segregación la atribución de valores a los socios de la entidad escindida se efectúe de acuerdo con una norma de proporcionalidad, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. De esta forma, por lo que respecta a la *proporcionalidad cuantitativa*, la misma implica la equivalencia económica por parte del socio de la entidad escindida entre el valor de la participación ostentada y la recibida a consecuencia del canje, manteniéndose por tanto una misma alícuota sobre el neto patrimonial que representan los valores antes y después de la escisión. Esta proporcionalidad, además exige que deba calcularse en atención a los valores reales y no contables, pues lo que se pretende alcanzar es una equidad material. En efecto, tal y como matizó el TS en su Sentencia de 8 de marzo de 2012 (rec. núm. 3777/2008) «Ni el artículo 97 de la LIS ni el artículo 252 de la Ley de sociedades anónimas establecen un preciso sistema de valoración, simplemente indican que la adjudicación a los socios ha de efectuarse "con arreglo a una norma proporcional". Y la regla de la proporcionalidad resulta en función del "valor real" de las acciones, independiente del valor contable o revalorizado contablemente, según el balance; este valor no es una magnitud incuestionable desde el punto de vista matemático, sino un valor resultante en función del sistema de valoración aplicado que puede variar dentro de unos márgenes razonables». A mayor abundamiento, la STS de 20 de julio de 2014 (rec. núm. 5175/2011 [NFJ056238]) precisó que «Existe proporcionalidad cuantitativa cuando el valor económico de la participación, antes y después de la realización de la escisión, es igual en el socio, con independencia de en qué empresas participe. Esta proporcionalidad cuantitativa siempre concurrirá, ya que de lo contrario no se cumpliría el propio concepto de escisión mercantil». De lo que se deduce que el requisito de la proporcionalidad cuantitativa deberá ser siempre respetado y observado, pues en caso contrario, ni la operación podrá encuadrarse dentro del concepto mercantil de escisión, ni mucho menos podrá aplicarse el régimen fiscal previsto en la LIS<sup>28</sup>.

Ahora bien, por lo que respecta a la *proporcionalidad cualitativa*, la misma se produce cuando cada uno de los socios posee una participación en todas y cada una de las

---

no podrá ser objeto, en detrimento de las empresas beneficiarias, de una interpretación que vaya más allá de los propios términos...».

<sup>28</sup> Al respecto, SÁNCHEZ MANZANO, J. D.: «La regla de proporcionalidad como rasgo caracterizador de la escisión desde la óptica fiscal. Los filtros insertados por los criterios administrativos para aceptar las tutelas de las escisiones subjetivas dentro del régimen fiscal de la reestructuración empresarial», *Quincena Fiscal*, n.º 4, 2015, matiza que: «La referida proporcionalidad en la práctica se traduce en la correcta determinación de la relación de canje. La relación de intercambio es la directriz que fijará el coeficiente de conversión de una acción o participación en el capital de la entidad adquirente por la anterior de que era titular el socio. El proyecto de escisión, de acuerdo con el artículo 31.2 de la LME, indicará el tipo de canje y la compensación complementaria en dinero prevista. El artículo 25.1 expresa que el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades partícipes "debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio", insertando un parámetro objetivo de referencia. [...]».

sociedades beneficiarias en la misma proporción que hubieran tenido en la sociedad escindida. Sin embargo, el artículo 76 de la LME admite una atribución asimétrica en los siguientes términos «En los casos de escisión total o de escisión parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias, siempre que no se atribuyan a los socios de la sociedad que se escinde acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias, será necesario el consentimiento individual de los afectados<sup>29</sup>». Como puede observarse, una interpretación literal del precepto nos arrojaría a la rápida conclusión de que solamente se admitiría esta quiebra cualitativa en los supuestos en los cuales existiera una pluralidad de entidades beneficiarias y no, por tanto, cuando solamente existiera una sociedad beneficiaria<sup>30</sup>. Una rigurosa interpretación que ha sido asumida por la Administración para impedir la aplicación del régimen del diferimiento en tales circunstancias, por entender que en los supuestos de escisiones subjetivas a favor de una sola entidad, nos encontramos más bien ante un supuesto de separación de socios (véase Consulta V0015/2002, de 21 de mayo [NFC016588]). Además, y esto es algo que añade la normativa fiscal, el artículo 76.2.2.º de la LIS exige que en los supuestos de escisiones no proporcionales «[...] la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquellas constituyan ramas de actividad<sup>31</sup>».

- <sup>29</sup> Dentro de la doctrina mercantil, no obstante, existen dos posiciones discrepantes en torno a la interpretación de este requisito. Así, mientras que algunos autores como MARTÍN GARCÍA, J. M.: «La escisión», en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*, 2008, Thomson Aranzadi, Navarra, págs. 138 y 139, limitan la necesidad de expresar este consentimiento únicamente a los verdaderos sujetos afectados, que, a su vez, identifican como aquellos que: 1) no reciben acciones o participaciones de todas las sociedades beneficiarias; 2) que perciben acciones o participaciones de todas las sociedades beneficiarias y de forma proporcional, pero solo desde un punto de vista global y no específico de cada entidad concreta; o 3) que mantienen su participación en el valor conjunto de todas las sociedades pero, en cambio, no reciben acciones de las sociedades beneficiarias. Existen otros autores, como MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: «Escisión parcial: concepto y requisitos», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, 2009, Aranzadi, Navarra, pág. 434, que aboga por la necesidad de exigir el consentimiento unánime de todos los socios, ya sean estos afectados o no.
- <sup>30</sup> Al respecto, autores como ALONSO ESPINOSA, F. J. y LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.: «Especialidades del procedimiento de escisión», en VV. AA., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2009, Aranzadi, pág. 320. Consideran que nos encontramos en presencia de una operación atípica que dada la especialidad de las modificaciones estructurales exigiría de un reconocimiento expreso por parte del legislador. Sin embargo, los autores destacan la idoneidad de esta figura para la resolución de ciertos conflictos entre socios al proporcionar un mecanismo rápido y sencillo.
- <sup>31</sup> Un ejemplo simbólico de la necesaria exigencia de ambos condicionantes –pluralidad de sociedades beneficiarias y preexistencia de ramas de actividad–, podemos encontrarlo en la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2015 (rec. núm. 412/2012 [NFJ062193]) donde se debate acerca de la posibilidad de la aplicación del régimen fiscal a una entidad dedicada a la compraventa de inmuebles que se escinde totalmente en dos entidades, asignándole a cada una de sus socias el 100% de las participaciones de cada una de las nuevas entidades creadas. Al respecto el órgano jurisdiccional concluye que no existe proporcionalidad cualitativa pues «la atribución de acciones es distinta a la inicial, dado que el 100% de cada sociedad se atribuye a cada uno de los socios que poseen el 100% del capital social de las beneficiarias, cuando lo exigido por la ley es que los socios de la entidad escindida recibieran participa-

En definitiva, podemos concluir que la regla de la proporcionalidad constituye un requisito de obligado cumplimiento tanto en el régimen fiscal como mercantil de las fusiones y escisiones. De tal modo que, los socios de una sociedad escindida deberán siempre disponer, tanto antes como después de la operación de reestructuración, el mismo patrimonio. Ahora bien, mientras que la regla de la proporcionalidad cuantitativa resulta infranqueable, en cambio, se puede hacer una excepción por lo que respecta a la regla de la proporcionalidad cualitativa, siempre y cuando se constatare el beneplácito de todos los socios afectados y, a mayor razón, los patrimonios escindidos constituyeran ramas de actividad, si bien, respecto a este último requisito con las matizaciones anteriormente efectuadas.

### 2.1.3. Aportaciones no dinerarias de rama de actividad y aportaciones no dinerarias especiales

Desde el punto de vista mercantil, debemos empezar precisando que la LME no se refiere expresamente a lo largo de su articulado a las «aportaciones no dinerarias de rama de actividad» o «aportaciones de activo» –si se prefiere la terminología exacta empleada por la Directiva–. En cambio, la normativa fiscal sí que se refiere a esta concreta operación en su artículo 76.3 de la LIS que la define como aquella en virtud de «la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente». Por tanto, y a diferencia de la escisión parcial, sus principales singularidades son: a) que a consecuencia de la aportación no dineraria de una rama de actividad no se produce una disolución parcial y por ende no se produce una reducción de capital; y b) que los valores de las sociedades adquirentes los recibe la propia sociedad aportante y no sus socios.

Pues bien, dejando a un lado el análisis de la necesaria exigencia de que la aportación constituya una rama de actividad económica –con las consideraciones apuntadas anteriormente–, vamos a centrarnos, en cambio, en dos supuestos singulares como son, por un lado, la operación de segregación y, por otro, las aportaciones no dinerarias especiales.

Así pues, tal y como hemos advertido, la LME no incluye entre su articulado a las «aportaciones no dinerarias de rama de actividad», siendo que su artículo 71 meramente regula como una modalidad de escisión a la operación de segregación. Ahora bien, si observamos detenidamente ambas definiciones –la de segregación (art. 71 LME) y la de aportación no dineraria de rama de actividad (art. 76.3 LIS)– podemos apreciar cómo su configuración es prácticamente idéntica<sup>32</sup>.

---

ciones de cada una de las sociedades beneficiarias en la misma proporción a la participación que ostentaban en la que se escinde y que era del 50%». De la misma manera, excluye la concurrencia de una rama de actividad pues la entidad escindida en ningún momento había desarrollado la actividad que pretendía ejercer la nueva sociedad.

<sup>32</sup> Al respecto, ALONSO LEDESMA, C., en la obra colectiva *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 498, considera que «La diferencia entre ambas operaciones radi-

Tal es así que incluso algunos autores han considerado apropiado que, desde la entrada en vigor de la LME, todas las aportaciones de rama de actividad se tramiten jurídicamente como segregaciones, para dotarlas de esta manera de las garantías inherentes a esta clase de operaciones (por ejemplo, que las mismas deban adoptarse por acuerdo de junta general y no por mera decisión del órgano de administración), aunque ello, no obstante señalan estos autores, pudiera implicar una importante merma de la capacidad de autoorganización de las empresas<sup>33</sup>. En cualquier caso, la equiparación entre ambas operaciones ha sido el criterio que finalmente ha adoptado la DGT al considerar que «A efectos mercantiles el artículo 68 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones de las sociedades mercantiles, incluye como una de las modalidades de escisión a la segregación, definida en su artículo 71 como «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias». Dado que a efectos de la aplicación del régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS se regula específicamente la figura de la aportación no dineraria de ramas de actividad a que anteriormente se ha hecho referencia, será en este último concepto en el que se encuadraría la operación planteada a efectos de la aplicación del régimen especial» (Consulta V0170/2015, de 19 de enero [NFC053609]).

Por otro lado, cabe resaltar que de acuerdo con el artículo 87 de la LIS, también pueden acogerse al régimen fiscal de la neutralidad, determinadas aportaciones no dinerarias efectuadas por personas jurídicas que, sin reunir los requisitos necesarios para constituir una rama de actividad, no obstante, cumplan con los siguientes: 1) que la entidad que percibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en dicho territorio por medio de un establecimiento permanente; 2) que una vez efectuada la aportación, el sujeto disponga de una participación en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5% y 3) exista un motivo económico válido. Así pues, pese a no constituir una rama de actividad, la DGT ha admitido la aplicación del régimen del diferimiento en diversos supuestos tales y como son las aportaciones de bienes inmuebles y acciones o participaciones en otras sociedades (Consulta V2055/2011, de 14 de septiembre [NFC042316]) o aportaciones de inmovilizados intangibles como los contratos o las marcas (Consulta V1679/2009, de 15 de julio [NFC034772]). En cambio, sí que ha denegado la aplicación del mismo en los supuestos de aportaciones no dinerarias consistentes en una compensación de créditos, por considerar que estas operaciones en verdad encubren una compensación dineraria (*vid.* Resoluciones del Tri-

---

caría únicamente en que en la segregación, considerada como una modalidad escisoria (escisión impropia) singularizada por la falta de integración de los socios de la sociedad segregante en las beneficiarias de la segregación, como acabamos de señalar, la transmisión de las masas patrimoniales se produce en bloque al igual que en las otras variedades escisorias, esto es, tiene lugar mediante sucesión universal. Por el contrario, en la aportación de rama de actividad aunque tenga lugar la transmisión de una o varias unidades económicas, y la sociedad aportante reciba, como es el caso de la segregación, las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias, tal transmisión se realiza a título singular y no en bloque o mediante sucesión universal».

<sup>33</sup> *Vid.* ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales», *Diario La Ley*, n.º 7.253, 2009.

bunal Económico-Administrativo Central –TEAC– de 10 de marzo de 2004 y 13 de junio de 2005). Finalmente indicar que también se ha admitido la aportación conjunta de activos y pasivos, aunque solo en el supuesto de que las deudas estuvieran directamente vinculadas con los activos transmitidos, esto es, que la deuda se hubiera contraído expresamente en la adquisición como financiación del bien cedido (V1022/2008, de 23 de mayo [NFC029607]), de tal modo que en los supuestos en que se transmitan activos conjuntamente con deudas no vinculadas al mismo, no cabrá acogerse al régimen especial por el valor total asignado a dicho activo, sino meramente por la diferencia entre el valor del mismo y la deuda, que es lo que necesariamente constituye la aportación no dineraria (véase al respecto la Resolución del TEAC de 8 de enero de 2015, R. G. 2735/2012 [NFJ057135]).

#### 2.1.4. Canje de valores

De modo general, podemos indicar que en todas las operaciones de fusión y escisión se produce de manera simultánea un canje de valores. De tal forma que, como hemos venido observando, la sociedad absorbente –en el caso de las fusiones– o la sociedad que percibe un bloque patrimonial –en el supuesto de las escisiones– como consecuencia de estas operaciones deben canjear sus propios valores con los de aquellos titularidad de los socios de las entidades acogidas a las mismas o de la sociedad en caso de segregación. En tales circunstancias, si la operación de fusión o escisión se puede acoger al régimen neutral, indudablemente también lo hará el correspondiente canje de valores. Sin embargo, este no es el canje de valores al que hace referencia el artículo 76.5 de la LIS en virtud del cual «Tendrá la consideración de canje de valores representativos del capital social la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad».

Nos encontramos, por tanto, en presencia de una operación autónoma de canje de valores mediante la cual una sociedad (dominante) adquiere acciones o participaciones en el capital de otra (dominada o participada), ostentando a partir de dicho momento la mayoría de voto en la misma o, si ya tuviera esta hegemonía, a detentar todavía una mayor, entregando a cambio a los socios de la dominada o participada acciones de la dominante. Además, debemos advertir que la consecución de dicha mayoría de votos deberá efectuarse de una manera directa y como consecuencia de la operación de canje de valores. Así se manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 815/2012, de 20 de junio (rec. núm. 116/2010 [NFJ066721]), al indicar que «hemos de concluir y ya se anticipa que en el caso de autos no se satisfacen los requisitos para la aplicación del citado régimen especial, por cuanto la aportación de las participaciones sociales enjuiciada no satisface la exigencia del artículo 97,5 para ser calificada a efectos fiscales como canje de valores, pues la citada norma impone que la aportación sea determinante de la obtención por la aportación, y no por otros cauces, de la mayoría de los derechos de voto, y este presupuesto se contempla en términos idénticos en el artículo 2, apartado d) de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de

julio de 1990, y la regulación del artículo 101, Régimen fiscal del canje de valores no permite otra interpretación. Sin que frente al resultado que ofrece la aplicación de los criterios de interpretación normativa, *ex* artículo 3 CC, pueda prevalecer la interpretación teleológica que se propone por la parte actora a tenor de la cual estima que también constituye canje de valores la aportación por la cual se consigue la mayoría de los derechos de voto de modo indirecto, es decir a través del accionariado que se ostenta en otras sociedades, que asimismo aportan sus acciones o participaciones, pues como ya se ha afirmado el presupuesto de la norma es claro y no se satisface en el caso de autos».

Por su parte, el artículo 80 de la LIS limita la aplicación del presente régimen fiscal a las operaciones de canje de valores en las cuales se cumplan de manera acumulativa los dos siguientes condicionantes: a) Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España y b) Que la entidad que adquiera los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva de fusiones. Previéndose de manera expresa que en los supuestos en los cuales el socio perdiera la cualidad de residente en territorio español, deberá integrarse en la correspondiente base imponible del último periodo impositivo que deba declararse, la diferencia de valor o plusvalía generada como consecuencia de la operación y que en su día fue objeto de diferimiento. Finalmente recordar, como en todos los supuestos anteriormente analizados, de la necesaria exigencia de que estas modificaciones empresariales vengan presididas por la presencia de un motivo económico válido que las avale.

## 2.1.5. Cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro de la Unión Europea

Podríamos indicar que el traslado internacional del domicilio social no constituye *per se* una operación de reestructuración. No obstante, la LME dedica sus artículos 92 y siguientes a establecer el régimen legal del traslado por la indudable trascendencia jurídica que el mismo puede implicar para la *lex societatis* que rige la entidad. Así pues, comienza el precitado artículo 92 acotando su régimen legal a las sociedades inscritas en el Registro Mercantil. De lo que se deduce que quedan excluidas, por obviedad, las sociedades no inscritas o no mercantiles, y por ociosidad, las sociedades anónimas europeas, cuyo régimen se encuentra previsto en el Reglamento n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, incorporado al Derecho español por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España. Además, se prohíbe expresamente el traslado internacional del domicilio a las sociedades en liquidación y las sociedades declaradas en concurso de acreedores.

Desde un punto de vista mercantil, podemos afirmar que el problema implícito de este tipo de operaciones radica en el hecho de que es necesario un entendimiento jurídico entre dos Estados distintos para que sea factible el traslado al extranjero del domicilio social con mantenimiento de la personalidad jurídica. Así indica el artículo 93 de la LME que «El traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española solo podrá realizar-

se si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad». De esta forma, se nos plantean dos tipos de escenarios: en el primero de ellos, alguno de los Estados implicados –ya sea el de origen de la entidad que pretende trasladarse o el de destino de la misma– no admite el mantenimiento de la personalidad jurídica. En estos casos, la entidad solo tendría una opción posible, esto es, disolverse en el país de origen y constituirse *ex novo* en el país de destino. En cambio, en el segundo de los escenarios, donde ambos Estados estarían conformes en mantener la personalidad jurídica de la sociedad que desea trasladarse a otro territorio, ya no sería exigible esa previa disolución de la entidad en el país de origen, con el subsiguiente ahorro fiscal que ello implicaría. Así pues, desde el prisma mercantil podemos concluir que nuestro ordenamiento interno admite la migración de una sociedad mercantil inscrita con mantenimiento de la personalidad jurídica, si bien, limitado a aquellos supuestos en los cuales el territorio receptor de la entidad así lo previera igualmente.

En cambio, desde el punto de vista fiscal, resultará menester remitirnos al artículo 19 de la LIS en virtud del cual «Se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de este, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad. En caso de afectación a un establecimiento permanente, será de aplicación a dichos elementos patrimoniales lo previsto en el artículo 78 de esta ley», se trata de la solución tributaria a adoptar en los supuestos de emigración de una entidad española que va a mantener su personalidad jurídica, pues en caso contrario, tal y como hemos advertido, la misma deberá proceder a su disolución y consiguiente liquidación. La remisión a este precepto resulta oportuna pues el régimen fiscal que el mismo establece es idéntico al que prevé el artículo 76.7 de la LIS para los supuestos de traslados del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro de la Unión Europea<sup>34</sup>.

En efecto, el régimen de diferimiento en los supuestos de cambio del domicilio social solo se encuentra habilitado dentro de nuestro ordenamiento interno y para todas las clases de sociedades mercantiles, respecto de los bienes que resulten afectados a un establecimiento permanente situado en el territorio español. Por lo que, en sentido contrario, podemos considerar que en el resto de circunstancias se devengará el conocido como impuesto de salida o *exit tax*, mediante el cual quedarán sujetas a gravamen las plusvalías latentes de los activos afectos a una entidad española que cesa en su actividad en dicho territorio. Si bien, y esto resulta importante resaltar-se, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 19: «El pago de la deuda tributaria resultante de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, en el supuesto de elementos patrimoniales transferidos a un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria [...] será aplazado por la Administración tributaria a solicitud del contribuyente hasta la fecha de la transmisión a terceros de los

<sup>34</sup> Para un mayor estudio de esta figura tributaria, véase MAGRANER MORENO, F. J.: «Régimen fiscal del traslado transfronterizo del domicilio social», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, n.º 234, 2010.

elementos patrimoniales afectados, resultando de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y su normativa de desarrollo, en cuanto al devengo de intereses de demora y a la constitución de garantías para dicho aplazamiento». Un matiz decisivo, pues, de acuerdo con constante jurisprudencia emanada del TJUE, una exigibilidad inmediata en el pago de dicho gravamen implicaría una patente quiebra de la libertad de establecimiento<sup>35</sup>.

## 2.2. REQUISITOS SUBJETIVOS

Una vez concretada la gama de operaciones que pueden acogerse al régimen fiscal del diferimiento, el siguiente paso consistirá en relacionar los tipos de entidades que pueden acogerse al mismo. En este sentido, una primera deducción nos arrojará a indicar que solo podrán acogerse a este sistema los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades. Ahora bien, el artículo 7 de la LIS no se limita a calificar como contribuyentes de este impuesto a las entidades con personalidad jurídica, sino que muy por el contrario el mismo también incluye dentro de su relación a todo un conjunto de entes sin personalidad jurídica. De ahí que el artículo 76.6 de la LIS establezca que «El régimen tributario previsto en este capítulo será igualmente aplicable a las operaciones en las que intervengan contribuyentes de este impuesto que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre que produzcan resultados equivalentes a los derivados de las operaciones mencionadas en los apartados anteriores».

Así pues, siguiendo esta línea, la DGT ha permitido la aplicación del régimen neutral en los supuestos en los cuales han intervenido en las operaciones de reestructuración, entre otros, una confederación, como resulta ser la Asociación nacional de cajas de ahorros y de las entidades de crédito integradas en ella (Consulta V1902/2015, de 17 de junio [NFC055425]); una sociedad agraria de transformación (Consulta V2124/2012, de 6 de noviembre [NFC045738]); una asociación sin ánimo de lucro (Consulta V0529/2007, de 14 de marzo [NFC025490]) o una unión temporal de empresas (Consulta V0940/2010, de 7 de mayo [NFC038123]). Ahora bien, debemos precisar que en todos los casos el artículo condiciona el ensanchamiento subjetivo de este régimen fiscal a la presencia de unos «resultados equivalentes». Sobre la interpretación de esta cláusula, se destaca la Consulta V2510/2009, de 13 de noviembre [NFC036832] y la flexibilidad que admite para su aplicación, precisando que la equivalencia de resultados que proclama el pre-

<sup>35</sup> Vid. la STJUE de 29 de noviembre de 2011 (asunto C-371/10, *National Grid* [NFC045002]) donde se interpretó por una parte que «No se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual el importe del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad se liquida definitivamente –sin tener en cuenta ni las minusvalías ni las plusvalías que puedan realizarse posteriormente– en el momento en el que la sociedad, con motivo del traslado de su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro, deja de percibir beneficios imposables en el primer Estado miembro; a este respecto, carece de relevancia el hecho de que las plusvalías latentes gravadas se refieran a diferencias positivas de cambio que no pueden hacerse patentes en el Estado miembro de acogida teniendo en cuenta el régimen tributario allí vigente», concluyendo que sí que «se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la que debe procederse al cobro inmediato del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad que traslada su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro en el momento mismo de dicho traslado».

cepto debe referirse a los efectos que son comparables entre las sociedades mercantiles y el resto de entidades sin dicha forma mercantil que intervienen en la operación, dado que «la equiparación no puede extenderse a los resultados de la operación a nivel de los socios, por cuanto estos no existen en el ámbito de las cajas de ahorros<sup>36</sup>».

Por tanto, ante la carencia de un criterio estable, habrá que analizar caso por caso acerca de la admisibilidad de cada operación, desgranando para ello los caracteres estructurales de cada modificación y considerando la presencia de unos «resultados equivalentes» a raíz de la idiosincrasia propia de cada entidad, con o sin personalidad jurídica, que interviene en la reestructuración.

### 2.3. REQUISITOS FORMALES

Una de las principales novedades que ha incluido la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades, ha consistido básicamente en la supresión de la opción como condición necesaria para la aplicación del régimen, sustituyéndola por la aplicación automática del mismo, salvo renuncia del contribuyente. De esta forma, con efectos a partir del 1 de enero de 2015, este se ha constituido como el régimen a aplicar por defecto por todos aquellos contribuyentes sujetos a una operación de reestructuración. Además, el artículo 89 de la LIS exige que la entidad adquirente de las operaciones comunique la realización de las mismas a la Administración tributaria, con excepción de aquellas que no fueran residentes en territorio español, en cuyo caso dicha comunicación competará a la entidad transmitente.

Por su parte, el artículo 48 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre sociedades, concreta que la comunicación deberá efectuarse en el plazo de los tres meses siguientes a la fecha de inscripción de la escritura pública en que se documente la operación, siendo que, si la inscripción no fuera necesaria, el plazo se computará desde la fecha en que se otorgue la escritura pública o documento equivalente que corresponda a la operación. Y una consecuencia muy importante, pues la falta de presentación en plazo de dicha comunicación acarreará una sanción consistente en una multa pecuniaria fija de 10.000 euros por cada operación cuya información se hubiera omitido.

## 3. LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS EN EL RÉGIMEN FISCAL DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

Como hemos venido desarrollando, las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores representativos del capital social entre entidades pertenecientes a distintos Esta-

---

<sup>36</sup> Sobre este tema véase SÁNCHEZ MANZANO, J. D.: «Problemática de calificación negocial en torno a las operaciones de reestructuración consumadas por entidades distintas de sociedades mercantiles en el marco del régimen fiscal de la reestructuración empresarial», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2011.

dos miembros están sujetas, bajo cumplimiento de los requisitos anteriormente analizados, a un régimen fiscal especial basado en la neutralidad impositiva. La transposición de dicho régimen tributario en nuestro ordenamiento jurídico además se aprovechó para expandirlo igualmente al resto de reorganizaciones empresariales que pudieran efectuarse entre entidades residentes en territorio español. Ahora bien, la aplicación definitiva del conjunto de beneficios fiscales asociados a este régimen, tanto el efectuado entre entidades europeas como entre entidades nacionales, requiere asimismo que la modificación estructural no se califique como abusiva.

En efecto, de acuerdo con el artículo 15 de la Directiva de fusiones (anteriormente art. 11 Directiva 90/434/CEE) «Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1: a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal». Nos encontramos, por tanto, ante lo que se ha denominado como una «reserva de competencia», en el sentido de que serán los diferentes Estados miembros los que decidan o no insertar una cláusula de esta enjundia en sus respectivos ordenamientos tributarios (*vid.* párrafo 39, *Leur-Bloem*). Si bien, tal y como confirmó con posterioridad el TJCE en su Sentencia de 5 de julio de 2007 (asunto C-321/05, *Kofoed* [NFJ026003]), aun en los supuestos en los cuales los Estados miembros no hubieran transpuesto *ad hoc* en su normativa nacional una cláusula antiabuso en los términos anteriormente descritos, no obstante, se admitiría igualmente una inaplicación de los beneficios asociados al régimen fiscal especial, en los supuestos en los cuales dichos Estados miembros sí que hubieran previsto, en cambio, dentro de su ordenamiento interno una disposición o principio general de prohibición del abuso del derecho en materia tributaria que pudiera interpretarse de conformidad con aquella cláusula. De modo que, el TJUE acaba admitiendo la posibilidad de que los Estados miembros puedan denegar los efectos fiscales del régimen de la neutralidad aun en los supuestos en los cuales estos no hubieran transpuesto *ex professo* la norma antiabuso europea<sup>37</sup>.

Pues bien, de la lectura de la citada cláusula puede deducirse que tres son los requisitos necesarios que deben concurrir para la aplicación de la misma, a saber, 1) que el objetivo de la reorganización empresarial sea el fraude o la evasión fiscal; 2) que dicha finalidad sea la principal o una de las principales perseguidas por las partes y 3) que la ausencia de motivos económicos válidos presumirá la falta de cumplimiento de los dos anteriores requisitos. En palabras del TJUE esta cláusula representa el principio general del Derecho comunitario según el cual el abuso de derecho está prohibido (asunto *Kofoed*, párrafo 38). Un concepto —el de abuso de derecho— que

<sup>37</sup> De una manera exacta indica el tribunal que «siempre que la situación jurídica que se desprende de las medidas nacionales de adaptación del derecho interno sea suficientemente precisa y clara para permitir que los particulares afectados conozcan la extensión de sus derechos y obligaciones, la adaptación del derecho interno a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa en cada Estado miembro».

de acuerdo con la jurisprudencia consolidada en las sentencias *Emlands-Stärke* y *Halifax*, debería acotarse desde una doble perspectiva: objetiva y subjetiva<sup>38</sup>.

Así pues, por lo que concierne al elemento objetivo, debe siempre analizarse, en primer lugar, si la concreta actividad desarrollada por el sujeto atiende verdaderamente a los objetivos y fines de la norma europea de cobertura; de tal manera que concurriría este elemento objetivo en la esfera del abuso cuando de las operaciones realizadas por un sujeto se obtuviera una ventaja fiscal contraria a los fines de la norma comunitaria. Por su parte, respecto al segundo elemento, el subjetivo, el mismo haría referencia a los propósitos de los negocios efectuados por el contribuyente en el marco de una operación que se sirve de una norma europea de cobertura. En concreto, este elemento subjetivo concurriría cuando a través de montajes o condiciones artificiales se consiguiera obtener una ventaja fiscal. Así pues, solo una combinación de ambos factores, objetivo y subjetivo, desencadenaría la aplicación de la cláusula antiabuso y, por tanto, no podría considerarse como tal aquella elección de un sujeto de organizar sus negocios de la forma menos gravosa posible<sup>39</sup>.

Esta apreciación resulta esencial por el marcado énfasis que esta concreta cláusula antiabuso efectúa sobre el elemento subjetivo, básicamente en los propósitos o finalidades de la concreta operación de reestructuración persigue, como pauta a seguir para excluir el carácter artificioso de la operación. De tal forma que la simple acreditación de la presencia de un motivo económico válido será suficiente para excluir la aplicación de la medida antiabuso. Partiendo de estas matizaciones, vamos a centrarnos en algunos de los aspectos más controvertidos que ha entrañado la dicción de esta cláusula, para posteriormente poder analizar con rigor la concreta medida introducida dentro del ordenamiento jurídico español y advertir cuáles han sido los supuestos más recurrentes en los que ha desplegado sus efectos.

### 3.1. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO

Tal y como hemos precisado anteriormente, el primer requisito exigible para la ejecución de la medida antifraudatoria es que la concreta operación de reorganización tenga como finalidad el fraude o la evasión fiscal. Ahora bien, ni la Directiva de fusiones ni la jurisprudencia del TJUE

<sup>38</sup> STJCE de 14 de diciembre de 2000 (asunto C-110/99, *Emlands-Stärke* [NFJ045382]) y STJUE de 21 de febrero de 2006 (asunto C-255/02, *Halifax* [NFJ021677]).

<sup>39</sup> *Vid.* CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la "Directiva de fusiones": ¿Hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?», *RCyT*. CEF, n.º 347, 2012, donde advierte que «Esta definición de abuso ha sido confirmada por el TJUE a través de su jurisprudencia hasta el momento presente, aunque con ciertas variaciones terminológicas que han causado gran controversia doctrinal sobre la existencia de un concepto unívoco de abuso de Derecho de la UE en materia fiscal; tal falta de certidumbre sobre los perfiles y configuración del principio europeo de prohibición de abuso de derecho en materia fiscal viene generando grandes problemas de seguridad jurídica y distorsiones económicas a los flujos de inversión y transacciones transfronterizas en el mercado interior, en la medida en que los contribuyentes no disponen de un marco claro y previsible para planificar su actividad frente a una auténtica Torre de Babel de enfoques antiabuso nacionales que pueden restringir el ejercicio de las libertades europeas».

se han esforzado por definir tales conceptos. En su lugar, el TJUE emplea otros términos para referirse a ambas definiciones como son las de «abuso», «abuso de derecho» o «prácticas abusivas». Además, complica esta labor interpretativa las diferentes traducciones que sobre estos vocablos han efectuado cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea. De esta forma, el TJUE ha preferido finalmente decantarse por la aplicación del apodado como test de los «montajes puramente artificiales», a través del cual se pretende evitar el uso de prácticas abusivas, carentes de toda realidad económica, cuyo único objetivo consista en eludir un tributo (*vid.* STJCE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, caso *Cadbury Schweppes* [NFJ023535]). En palabras de PALAO TABOADA, el abuso por tanto existiría cuando se proceda a «elegir formas o negocios jurídicos insólitos, es decir, no correspondientes a los hechos o relaciones económicas que se pretende conseguir<sup>40</sup>». Imponiéndose así el principio *substance over form*, esto es, la prevalencia de la sustancia económica de la operación sobre la forma negocial elegida por las partes.

Y este parece ser el camino que igualmente han adoptado nuestros órganos jurisdiccionales. Al respecto, destacamos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2007 donde se estableció que «considera la Sala que, habida cuenta de que el concepto de fraude o evasión fiscal no se encuentra definido de forma expresa en la normativa tributaria, habrá que acudir a criterios interpretativos válidos, debiendo entender como tal, lo previsto en el artículo 15 de la LGT 58/2003, que se refiere al "conflicto en la aplicación de la norma tributaria", supuesto que concurre cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias: a) que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; b) que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios<sup>41</sup>».

Ahora bien, cabría cuestionarse acto seguido si la inaplicación de esta cláusula antiabuso sería factible ante la evasión de cualquier clase de tributo afectado por la operación de reestructuración. Esta fue, en concreto, la cuestión principal que se planteó en el asunto *Zwijnenburg*<sup>42</sup>, donde a través de una operación de modificación empresarial se conseguía evitar el devengo de un impuesto distinto a aquellos a los que se refiere la Directiva de fusiones –en concreto, el de transmisiones patrimoniales onerosas–. Ante lo cual el TJUE dictaminó que «los únicos impuestos que pueden acogerse a las ventajas establecidas por la Directiva 90/434 y, consiguientemente

<sup>40</sup> Se considera que una manifestación de este principio lo constituye la doctrina del *business purpose*, expresión que puede traducirse como «objetivo comercial» o «finalidad de negocios» y que es una creación de la jurisprudencia norteamericana especialmente diseñada para combatir la elusión fiscal. Sobre el origen de esta figura puede verse PALAO TABOADA, C.: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCyT. CEF*, n.º 235, 2002.

<sup>41</sup> Criterio posteriormente reiterado en las Sentencias de 5 de marzo de 2008 (rec. núm. 197/2006 [NFJ028306]) y 26 de abril de 2010 (rec. núm. 391/2008 [NFJ066709]).

<sup>42</sup> *Vid.* STJUE de 20 de mayo de 2010 (asunto C-352/08, *Zwijnenburg* [NFJ038357]).

te, entrar en el ámbito de aplicación de la excepción prevista por el artículo 11, apartado 1, letra a), de la misma son los expresamente contemplados por ella». De lo que se deduce que la regla antiabuso de la Directiva de fusiones meramente puede emplearse para evitar abusos que puedan producirse dentro del ámbito de los impuestos directos –IS e IRPF–; y, como corolario de lo anterior, se debe admitir el empleo de una organización societaria como medio para evadir otro tipo de impuestos, salvo los especificados anteriormente, en tanto en cuanto dicha evasión no se encuentre específicamente prohibida por el Derecho europeo o por una disposición nacional al respecto<sup>43</sup>. Así, desde el ámbito europeo, la reestructuración podría emplearse para evitar determinados impuestos no armonizados como son el impuesto sobre sucesiones y donaciones o el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. En cambio, más dificultades para su admisión encontraríamos en la esfera del IVA (*vid.* párrafo 85, *Halifax*<sup>44</sup>).

Otro aspecto interesante de la medida antiabuso es la exigencia de que el fraude o la evasión fiscal constituya «el principal o uno de los principales objetivos» que descansa detrás de la operación societaria. En este sentido, parece que la redacción es un tanto capciosa, pues partiendo de la consideración de que el fraude y la evasión fiscal son conductas ilícitas, aun cuando las mismas no constituyeran el principal objetivo, resulta evidente que las operaciones en las cuales se ampararan no podrían acogerse en ningún caso a los beneficios fiscales. Por ello mismo, consideramos que la expresión debe más bien relacionarse con el hecho de que la organización estructural no se efectúe con el único propósito o el propósito principal de conseguir unas concretas ventajas tributarias, aun cuando dichas operaciones se desarrollaran dentro de la absoluta legalidad. Así se manifiesta el TJUE en el párrafo 47 de la Sentencia *Leur-Bloem* al considerar que el concepto de motivos económicos válidos va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de reorganización que solo persiguiera tal objetivo no podría constituir nunca un motivo económico válido en el sentido de dicha disposición y por ende, se presumiría la existencia de fraude o evasión fiscal. A mayor abundamiento, la posterior Sentencia de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-126/10, *Foggia* [NFJ044771]) remarcaría que «en consecuencia, puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que estas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada». Así pues, se desprende de estos pronunciamientos la necesidad de sopesar en cada

<sup>43</sup> De acuerdo con FALCÓN Y TELLA, R.: «El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, *Zwijnenburg*)», *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2001: «en una operación de reorganización acogida al régimen de diferimiento, cuya finalidad única o principal es eludir el pago de un impuesto sobre la transmisión de inmuebles, los Estados miembros no pueden denegar la aplicación del régimen de diferimiento basándose en que no existe un motivo económico válido para la operación. La inaplicación del régimen de diferimiento solo procede si la operación tiene como única finalidad eludir los impuestos sobre sociedades o sobre la renta, pero no cuando se trata de eludir un impuesto distinto a los afectados por dicho régimen (aprovechando, por ejemplo, la exención contenida en el ITPAJD respecto a estas operaciones)».

<sup>44</sup> Donde se proclama que «Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que debe interpretarse la Sexta Directiva en el sentido de que se opone al derecho del sujeto pasivo a deducir el IVA soportado cuando las operaciones en que se basa este derecho son constitutivas de una práctica abusiva».

operación societaria el conjunto de objetivos que concurren en cada caso y de valorarlos conforme al concreto peso que los mismos puedan ejercer sobre la capacidad decisoria de la entidad.

Y es que, de acuerdo con el precepto transcrito, la carencia de unas razones económicas válidas que permitan sustentar la operación de reorganización presumirán que el objetivo principal de la misma es el fraude o la evasión fiscal. Ahora bien, el artículo 15 de la Directiva de fusiones no establece un listado de motivos que puedan considerarse como económicamente válidos, refiriéndose meramente a que estos podrían ser una reestructuración o una racionalización de las actividades de las sociedades, pero sin entrar a perfilar el verdadero significado de ello. Además, cabría incluso cuestionarse cuáles son los motivos económicos válidos a tener en consideración, esto es, los de la propia entidad que se acoge al régimen fiscal o los de sus propios socios. Así, por ejemplo, en la Sentencia *Zwijnenburg*, donde se planifica una reorganización empresarial como instrumento idóneo para completar la sucesión de los bienes de un padre a su hijo, no se analizó por parte del TJUE los posibles motivos económicos que podría tener el socio y no la entidad para efectuar la susodicha operación<sup>45</sup>.

En definitiva, una combinación de lo preceptuado hasta el momento nos conduce a considerar que a los efectos de la Directiva de fusiones se entenderá que existe abuso del derecho (fraude o evasión fiscal) cuando un contribuyente ejecute una operación de reordenación societaria sin una razón económica válida que la ampare y con el único objetivo de obtener una ventaja fiscal —el diferimiento del pago de un tributo—, a través del empleo de una estructura artificiosa confirmada mediante circunstancias objetivas. Pues bien, delineada de esta forma el marco europeo de aplicación de la cláusula antiabuso, resultará ahora necesario una referencia a la específica medida introducida por el legislador español dentro de nuestro ordenamiento tributario.

### 3.2. LA NORMA ANTIELUSIVA ESPAÑOLA DEL ARTÍCULO 89.2 DE LA LIS

De acuerdo con el mencionado precepto «No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal<sup>46</sup>». De la simple lectura de su contenido, podría considerarse que la transposición de la me-

<sup>45</sup> Al respecto, SPEAR, H. M.: «Corporate Business Purpose in Reorganizations», *Tax Law Review*, vol. 3, 1947, págs. 242, afirma que «una de las principales áreas de discusión es la relativa a la distinción implícita en estos casos entre los propósitos de la corporación y los de los accionistas. Sugerimos que distinguir entre ambos propósitos constituye un desconocimiento de la realidad de los objetivos de los accionistas en cuanto propietarios [...]».

<sup>46</sup> Esta versión aparece por primera vez en nuestro ordenamiento tributario tras la modificación efectuada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que introdujo el término «motivos económicos válidos». Al respecto, indica MAGRANER MORENO, F. J.: «La concurrencia del controvertido "Motivo económico válido" en las operaciones de reestructuración empresarial: una cuestión de prueba (un apunte al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2014)», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, n.º 277, 2015: «Haciendo

didada antiabusiva en nuestro ordenamiento jurídico guarda una correcta armonía con la prevista por la Directiva de fusiones. Y, cabe advertir, nada más lejos de la realidad. En efecto, una segunda lectura un poco más detenida de la misma nos permitirá observar que lo que la Directiva configuraba como una auténtica presunción –la falta de motivos económicos válidos presume la existencia de un abuso del derecho–, en nuestro ordenamiento se configura como una auténtica ratificación de la presencia de un fraude o evasión fiscal.

Una divergencia que indudablemente posicionó a la doctrina en dos grupos. En el primero de ellos, entre los que destacamos a SANZ GADEA<sup>47</sup>, se consideraba que la normativa española, a través de esta redacción, había configurado un nuevo supuesto de exclusión de la aplicación del régimen especial con total independencia de la presencia de un fraude o evasión fiscal. En tanto que, para los autores incardinados en el segundo grupo, la ausencia de motivos económicos válidos debería seguir configurándose como una mera presunción de la existencia de un abuso de derecho (FALCÓN Y TELLA<sup>48</sup>, PALAO TABOADA<sup>49</sup>). En efecto, de acuerdo con este último autor

---

una valoración del cambio normativo introducido por la Ley 14/2000, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de mayo de 2013, interpretó que esta modificación se limitaba a "añadir un requisito estructural, el de que la operación se efectúe por motivos económicos válidos, que antes no se contenía en la letra del precepto, pero virtualmente se requería conforme a su espíritu, pues no en vano es el requisito a que se refiere el artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE". De esta manera, el citado cambio no resultaba ser tan significativo como se podía pensar, "pues la estructura del precepto, más que a los requisitos sustantivos para excluir del régimen especial determinadas operaciones, ponía el acento en la cuestión procedimental de la carga de la prueba, en el sentido de que solo era posible esa exclusión cuando 'se probara...!', actividad que parecía referirse a la Administración como sujeto obligado a esa prueba y, por tanto, a padecer la falta de acreditación". Así, la redacción que daba la Ley 14/2000 al precepto de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, se limitaba a "ejemplificar supuestos, no enunciados agotadoramente, sino *numerus apertus*, en que la ley excluye la procedencia del régimen especial de neutralidad con diferimiento, empleando una fórmula análoga a la que expresa la Directiva, en que cabe presumir que la reacción del ordenamiento comunitario lo es ante los supuestos de predominio de los fines de fraude o evasión fiscal, coincidentes con aquellos en que no consten motivos económicos válidos, aunque con la consecuencia añadida de que la carga de justificar la presencia de tales motivos podía entenderse que correspondía ahora, dada la estructura del precepto, al sujeto pasivo del impuesto que pretendiera acogerse al régimen de neutralidad"».

<sup>47</sup> SANZ GADEA, E.: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000», *RCyT. CEF*, n.º 215, 2001, donde indica que «Nótese que ambos elementos deben concurrir. La operación puede ser incomprensible desde el punto de vista económico, pero si no se persigue obtener una ventaja fiscal no existirá causa de inaplicación del régimen. Del mismo modo, la operación puede perseguir una ventaja fiscal, pero, al mismo tiempo, implicar una reestructuración o racionalización desde el punto de vista económico, en cuyo caso tampoco existirá causa de inaplicación». Para más adelante reseñar que «en el precepto comunitario la consecución de una ventaja fiscal no se considera un motivo económico válido, de manera tal que no enerva el hecho base de la presunción, y así la consecución de una ventaja fiscal es un hecho que no juega a favor del contribuyente, pero tampoco en su contra. En la norma patria la consecución de una ventaja fiscal juega siempre en contra del contribuyente, si bien no determinará automáticamente la inaplicación del régimen fiscal en la medida en que la operación se hubiere efectuado por motivos económicos válidos».

<sup>48</sup> FALCÓN Y TELLA, R.: «La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, n.º 4, 2001.

<sup>49</sup> PALAO TABOADA, C.: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *op. cit.*

—a cuyas consideraciones nos adherimos— no debe confundirse la labor de calificar una operación como abusiva o fraudulenta con la actividad jurídica de concretar la existencia o no de motivos económicos válidos y ello porque dentro de este análisis siempre existirán dos niveles de comprobación en sede de la operación, a saber, uno inicial, en el que la carencia de los motivos económicos supondrá un indicio *prima facie* o presunción de abuso del derecho; y uno segundo, en el que si el sujeto contribuyente se opusiera a la presunción anterior, entonces sí, resultaría preciso concretar si la operación de reestructuración resulta fraudulenta<sup>50</sup>.

Además, resulta oportuno enfatizar que el legislador español no puede delinear a su libre arbitrio el contenido de esta norma antielusiva. Al respecto, el TJUE ha establecido unas mínimas pautas que los mismos deberán respetar. Así, por ejemplo, en el párrafo 44 de la Sentencia *Leur-Bloem* se estableció la imposibilidad del establecimiento de una norma de alcance general que pudiera privar automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones societarias —como era en el caso de autos un canje de acciones en el cual la sociedad dominante no ejerciera por sí misma una actividad empresarial—, pues ello, matiza el tribunal, «excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva». Igualmente, establece en su párrafo 41 la imposibilidad de que las autoridades nacionales competentes se limiten a aplicar unos criterios generales predeterminados para comprobar si en una concreta operación concurren o no los aludidos motivos económicos válidos, pues es condición exigida por este tribunal la necesidad de un examen global e individualizado de cada una de las operaciones sujetas al régimen de la neutralidad fiscal.

Finalmente, habría que indicar que una de las ramificaciones del principio de proporcionalidad dentro de esta materia ha conducido a las autoridades fiscales competentes a permitir la inaplicación parcial del régimen fiscal del diferimiento. En este sentido se pronunció el «Informe sobre la posibilidad de inaplicación parcial del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores en operaciones de escisión-venta» (DGT, 14 de octubre de 2005, núm. 292/05/INF), a cuyo tenor es posible, a la vista de cada caso en particular «la retirada parcial del régimen fiscal especial, en la parte que corresponde a la ventaja fiscal perseguida...».

### 3.3. MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS ADMITIDOS POR LA DGT

Partiendo de la consideración de que no es admisible el establecimiento de una lista de operaciones que de forma genérica y abstracta permitan conceder automáticamente la aplicación de los beneficios fiscales; no obstante, vamos a reseñar algunos de los supuestos que tradicionalmente sí que han sido admitidos por nuestra Administración tributaria española como motivos económicamente válidos. Para su análisis hemos preferido agruparlos en los siguientes tres bloques<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Sobre la prueba indiciaria puede verse SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: «A vueltas con los problemas de la prueba en Derecho Tributario», *RCyT*. CEF, n.º 325, 2010.

<sup>51</sup> Un exhaustivo listado de resoluciones de la DGT al respecto puede verse en CHECA GONZÁLEZ, C.: «Los motivos económicos válidos que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones

En primer lugar, encontramos aquellos supuestos basados en la reducción de los costes de gestión y administración de las entidades de un grupo, lo cual puede efectuarse a través de una operación de fusión o de escisión y que de acuerdo con la DGT (Consulta V0327/2016, de 27 de enero [NFC057991]) cuando impliquen «optimizar la gestión, control y seguimiento de las actividades realizadas a través de una mayor racionalización y organización de los recursos disponibles, reorganización de las líneas de actividad, facilitar la prestación de servicios a terceros ajenos al grupo, separación de líneas de negocio de manera que sea posible una gestión y una toma de decisiones más dinámica, sin diferencias de criterio, distorsiones y posibles conflictos, aprovechamiento de sinergias y economías de escala derivados de la concentración de determinadas actividades, atender mejor a las necesidades propias de cada mercado, con una mayor organización, mejorar la visión frente a terceros del negocio y su rentabilidad, y una mayor profesionalización en la gestión de los distintos negocios resultantes de la reestructuración», se considerará que estamos en presencia de unos motivos económicamente válidos a los efectos del régimen del diferimiento.

En segundo lugar, encontramos aquellos supuestos basados en las reorganizaciones de las empresas familiares con el objetivo, entre otros, de planificar y regular la sucesión. Al respecto, la DGT ha señalado que (Consulta V1971/2012, de 15 de octubre [NFC045574]) «en el escrito de consulta se indica que las operaciones de reestructuración planteadas se llevarían a cabo con la finalidad de unificar la política accionarial del grupo familiar, concentrando en una única sociedad la participación del mismo; garantizar la supervivencia de los negocios y facilitar el relevo generacional a medio plazo, aumentando la probabilidad de continuidad empresarial en el futuro de las sociedades objeto de la aportación, simplificando los problemas de sucesión y evitando la dispersión de los socios, lo cual conllevaría una mayor complejidad en la gestión de las sociedades participadas e impediría el relevo generacional; conseguir que los movimientos accionariales dentro del grupo familiar sean libres, sin necesidad de que intervenga ninguna persona ajena al mismo y facilitar la implementación de protocolos familiares; contar con una estructura válida para poder acometer nuevas inversiones desde una única sociedad cabecera que será el vehículo de todo el grupo familiar para canalizar inversiones conjuntas y gestionar el crecimiento del grupo al contar la nueva sociedad *holding* con recursos propios generados con la gestión de la cartera de valores, así como incrementar la solvencia y lograr un mejor aprovechamiento de los capitales, una mayor eficiencia administrativa, comercial y de negociación frente a terceros y configurar una estructura válida que permita optar por el régimen de consolidación fiscal. Dichos motivos pueden considerarse como económicamente válidos, a los efectos del cumplimiento de lo previsto en el apartado 2 del artículo 96 del TRLIS».

En tercer lugar, también encontramos aquellos supuestos basados en la simplificación de las cargas imperantes en la sociedad. Al respecto, ha reseñado la DGT (Consulta V1546/2013, de 7 de mayo [NFC047824]) que «En el escrito de consulta se indica que la operación planteada tiene por objeto centralizar las actividades para lograr economías de escala, con aumento de la solven-

---

de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, n.º 1, 2009.

cia y mayor coordinación, simplificar y aligerar la estructura empresarial del grupo, simplificar los costes administrativos y laborales, con el consiguiente ahorro de cargas burocráticas, simplificar las obligaciones mercantiles, optimizar los recursos propios, ajenos, técnicos y humanos, centralizar la planificación y la toma de decisiones, unificar la dirección, administración y gerencia de las dos entidades, conseguir una imagen unitaria frente a terceros, facilitar la percepción externa del grupo mediante la gestión coordinada de las dos entidades, adaptar las dimensiones productivas a la demanda del sector en el momento económico actual, aprovechar las sinergias con el fin de mejorar la productividad y la eficacia, mejorar la capacidad comercial, de administración y de negocios con terceros y llevar a cabo una gestión y toma de decisiones más ágil y fluida. El hecho de que tanto la sociedad absorbente como la absorbida cuenten con bases imponibles negativas pendientes de compensar, no invalida, por sí mismo, la aplicación del régimen fiscal especial».

### 3.4. LA ÚLTIMA POSICIÓN DEL TS

Una de las últimas controversias dirimidas en nuestro derecho interno acerca de la existencia de motivos económicos válidos ha concluido con un polémico pronunciamiento del TS a través de su Sentencia de 20 de julio de 2014. En concreto, se cuestionaba si era admisible como razón económica una escisión total de una entidad como consecuencia de la constante confrontación entre los dos únicos socios accionistas. Una tensa situación que había incluso desembocado en la completa paralización de la actividad económica ejercida por la sociedad y en la creación de sendas delegaciones independientes, que dirigían de manera autónoma cada una de ellas, un socio respectivo. Bajo estos antecedentes de hecho, el TS acaba considerando que «la operación de escisión solo persigue la distribución y división de máquinas recreativas a dos empresas ya existentes con objeto sociales idénticos a la originaria y con continuación tras la escisión por las sociedades beneficiarias de exactamente la misma actividad, con los mismos orígenes de ingresos que nacen de la explotación de máquinas recreativas. La única finalidad es el reparto de un patrimonio común sin que pueda justificarse con un motivo económico válido de reestructuración o racionalización de sus actividades, puesto que de lo se trata es de, beneficiándose del régimen especial, obtener una situación fiscal más atractiva». Y poco más añade, pues a su modo de ver «La única finalidad es el reparto de un patrimonio común sin que pueda justificarse con un motivo económico válido de reestructuración o racionalización de sus actividades, puesto que de lo se trata es de, beneficiándose del régimen especial, obtener una situación fiscal más atractiva».

Sin embargo, como hemos advertido, este no ha sido un pronunciamiento pacífico y unánime entre todos los magistrados que conforman la sala de lo contencioso-administrativo del TS. Así se desprende del voto particular redactado al efecto, donde se destaca la objetividad con la cual la mayoría de la Sala se decanta por analizar el concepto de «motivos económicos válidos». En este sentido, de acuerdo con su argumentación, la sentencia meramente se limita a corroborar unos determinados hechos objetivos –la operación de escisión– y su inherente resultado –el reparto de un patrimonio entre los dos socios de la entidad y una cuota tributaria di-

ferida por la aplicación del régimen fiscal–; olvidándose, no obstante, de analizar las concretas circunstancias fácticas que abocaron a dicha situación. Unas circunstancias que, cabe incluso advertir, quedaron plenamente acreditadas mediante un informe pericial en el cual se demostraba como la separación de los socios había contribuido significativamente a incrementar de nuevo la productividad del negocio.

Además, sorprende en exceso este pronunciamiento, si tenemos incluso en conocimiento las últimas consultas de la DGT que se han referido a la materia. Así pues, la Consulta V0938/2006, de 17 de mayo (NFC022626), confirmó como motivos económicos válidos el hecho de que «los actuales socios mantengan posturas enfrentadas y discrepantes en cuanto al mejor gobierno de la entidad, diferentes perspectivas de la gestión de la entidad en cuanto a posibles inversiones y desinversiones, así como estrategias muy diferenciadas con relación al futuro de la entidad [...]» y más recientemente la Consulta V3643/2013, de 19 de diciembre (NFC049946), ha reseñado que «la finalidad de permitir que la convivencia de los socios-administradores se calme, que el patrimonio empresarial se mantuviera e incluso se lograse incrementar [...] se pueden considerar económicamente válidos a los efectos del artículo 96.2 del TRLIS».

De esta manera, podemos concluir que no existe dentro de nuestro ordenamiento tributario una pauta exacta que permita a los contribuyentes concluir cuándo en una concreta operación de reorganización concurrirán o no los manidos motivos económico válidos, pues pronunciamientos como el último analizado no hacen más que contribuir a la creación de un *statu quo* basado solamente en la inseguridad jurídica.

#### 4. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INAPLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL POR SENTENCIA JUDICIAL

Finalmente, resulta oportuno analizar el abanico de efectos jurídico-tributarios asociados a una sentencia judicial en virtud de la cual se deniega la aplicación del régimen especial a una concreta entidad. Así pues, como ha quedado remarcado a lo largo de este trabajo, una de las principales ventajas fiscales inherentes a este régimen es el mecanismo del diferimiento, según el cual, las plusvalías generadas por la entidad transmitente como consecuencia de la cesión de los activos y del pasivo por medio de una operación de reestructuración, no serán efectivas y solo serán declaradas en sede de la adquirente cuando las mismas se realicen verdaderamente.

En caso contrario, resultará necesario una remisión a lo dispuesto en el artículo 17.4 de la LIS donde se establece que «Se valorarán por su valor de mercado los siguientes elementos patrimoniales: [...] b) los aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación [...]; d) los transmitidos en virtud de fusión, y escisión total o parcial [...]; f) los adquiridos por canje o conversión [...]». A lo que habrá que añadir lo previsto por el artículo 17.5 de la LIS «En los supuestos previstos en las letras a), b), c) y d) del apartado anterior, la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y

su valor fiscal» y 17.9 de la LIS según el cual «En la fusión, absorción o escisión total o parcial se integrará en la base imponible de los socios la diferencia entre el valor de mercado de la participación recibida y el valor fiscal de la participación anulada».

Ahora bien, recordemos que estamos analizando aquellas situaciones en las cuales una entidad, que se acogió en su día a los susodichos beneficios fiscales, posteriormente ve frustrada esta posibilidad a consecuencia de una sentencia judicial. De ahí que haya que conjugar los anteriores preceptos de la LIS de la siguiente manera:

- En primer lugar, en sede de la entidad transmitente se generará una plusvalía (o minusvalía) por la diferencia existente entre el valor contable de los activos y pasivos cedidos y el valor de mercado de los mismos, que deberá incluirse en la declaración presentada del impuesto sobre sociedades del año correspondiente al cual se produjo la modificación estructural (una declaración cuya cuota había sido cero en virtud de la aplicación del régimen fiscal especial). Si bien, en aquellos supuestos en los cuales dicha entidad hubiera dejado de existir (pensemos, por ejemplo, una escisión total), la posible cuota tributaria resultante de esta operación, cuyo deudor principal será dicha entidad extinguida, deberá ser abonada por las entidades sucesoras de la misma, en su calidad de herederas.
- En segundo lugar, las entidades adquirentes de los activos y pasivos resultantes de la operación de reestructuración deberán valorarlos a efectos fiscales por su valor normal de mercado y, por tanto, proceder a amortizarlos de acuerdo con dicho valor. Ahora bien, estas entidades, al haberse aplicado el régimen fiscal del diferimiento, habrán contabilizado dichos activos según el valor que estos tenían en la otra entidad, manteniéndose incluso su fecha originaria de adquisición –requisito del todo necesario para que con posterioridad su venta produjera la concreta plusvalía–. El conflicto es claramente visible: si estas entidades no contabilizaron los activos por su valor de mercado, dado que se acogieron al régimen del diferimiento, resulta evidente que si posteriormente este régimen es inadmisibile, las mismas han estado amortizando muy por debajo del valor correspondiente. Además, puede ser incluso posible que la tardanza en una resolución judicial al respecto imposibilite posteriormente la rectificación de las anteriores declaraciones del impuesto sobre sociedades existentes o incluso que los activos hayan dejado de formar parte del patrimonio de la entidad o hayan consumido toda su vida útil. De esta forma, resultaría del todo aconsejable que las entidades envueltas en esta crítica situación comenzaran a amortizar sobre el valor de mercado de los activos recibidos desde el momento en que se dispone un acto administrativo donde se deniega la aplicación del régimen fiscal especial.
- En tercer lugar, cabe referirse a la tributación de los socios por el canje de valores que los mismos perciben, ya que estos deberán tributar por la diferencia entre el valor normal de mercado de los valores recibidos y el valor contable de los valores entregados. Si bien, esta renta podría considerarse exenta *ex* artículo 21.3 de la LIS, según el

cual «Estará exenta la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. El mismo régimen se aplicará a la renta obtenida en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción de capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo».

Por su parte, desde el punto de vista contable, destacamos la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 9 de febrero de 2016, por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del impuesto sobre beneficios, donde se indica que «De acuerdo con lo establecido en la NRV 15.<sup>a</sup> Provisiones y contingencias del PGC, con carácter general, las obligaciones presentes de naturaleza fiscal, se deriven o no de un acta de inspección, deberán ocasionar en el ejercicio en que surjan, la correspondiente dotación a la provisión por el importe estimado de la deuda tributaria». A lo que añade que en ningún caso resultaría justificable la ausencia de registro de una obligación por la eventualidad de que se produzca o no una comprobación administrativa, ni tampoco calificar la obligación como remota cuando surja una discrepancia como consecuencia de la citada comprobación o inspección, o a raíz de los criterios mantenidos por las Administraciones públicas o por los tribunales de justicia sobre hechos de similar naturaleza a los que se refiere la obligación<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> En concreto, en su artículo 18, intitulado «Provisiones y contingencias derivadas del impuesto sobre beneficios», se especifica que: «1. Con carácter general, las obligaciones presentes de naturaleza fiscal, se deriven o no de un acta de inspección, deberán ocasionar en el ejercicio en que surjan el reconocimiento de una provisión por el importe estimado de la deuda tributaria. 2. La provisión a la que hace referencia el número anterior o, en su caso, si se trata de importes determinados, la deuda con la Hacienda Pública, se registrará con cargo a los conceptos de gasto correspondientes a los distintos componentes que la integran. La citada provisión figurará en la partida 4. "Otras provisiones" del epígrafe I "Provisiones a largo plazo" de la agrupación B) "Pasivo no corriente" del balance o en una partida de la agrupación C) Pasivo corriente, del epígrafe II "Provisiones a corto plazo" si el vencimiento de esta provisión es inferior al año; en su caso, la mencionada deuda, si tiene un vencimiento inferior a un año figurará en la partida 6. "Otras deudas con las Administraciones Públicas" del epígrafe C.V "Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar" del pasivo del balance, mientras que si la deuda con la Hacienda Pública tuviese un vencimiento superior a un año, figurará en la partida "Administraciones públicas a largo plazo" que se creará al efecto en el epígrafe B.II "Deudas a largo plazo" del pasivo. 3. El registro de las operaciones que se derivan del apartado anterior, se realizarán teniendo como referencia los modelos de la cuenta de pérdidas y ganancias contenidos en la tercera parte del Plan General de Contabilidad, de acuerdo con lo siguiente: a) La cuota del impuesto sobre sociedades del ejercicio se contabilizará como un gasto en la partida 17 "Impuesto sobre beneficios". A tal efecto se podrá emplear la cuenta 633. "Ajustes negativos en la imposición sobre beneficios" contenida en la cuarta parte del Plan General de Contabilidad. b) Los intereses correspondientes al ejercicio en curso se contabilizarán como un gasto financiero, que figurará en la partida "Gastos financieros" de la cuenta de pérdidas y ganancias.c) Los intereses y las cuotas correspondientes a todos los ejercicios anteriores se contabilizarán mediante un cargo en una cuenta de reservas cuando habiendo procedido el registro de la citada provisión en un ejercicio previo, éste no se hubiese producido. Por el contrario, si el reconocimiento o los ajustes en el importe de la provisión se efectúan por cambio de estimación (consecuencia de la obtención de información adicional, de una mayor experiencia o del conocimiento de nuevos hechos), se cargará a cuentas del subgrupo 63 por el importe que corresponde a la cuota y a cuentas del subgrupo 66 por los intereses de demora, correspondan estos al ejercicio o a ejercicios anteriores. d) La sanción producirá un gasto de naturaleza excepcional, que se contabilizará mediante la cuenta 678. "Gastos

## 5. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES

La introducción dentro del acervo comunitario de la Directiva 90/434/CEE supuso un marcado hito dentro del lento pero imparable proceso de armonización de la imposición directa mediante la supresión de determinadas barreras técnicas y fiscales que imposibilitaban el establecimiento de un auténtico mercado común europeo. El objetivo consistía en la instauración de un régimen fiscal ventajoso que no entorpeciera las operaciones de reestructuración a las cuales podían verse sometidas determinadas empresas como parte necesaria de su proceso de expansión o remodelación. De esta forma, asegurando un coste fiscal cero a este tipo de operaciones se instaba a las entidades europeas a la ejecución de las mismas sin que la variable tributaria pudiera tener ningún tipo de incidencia en su capacidad decisoria.

Un régimen que, en el caso del ordenamiento tributario español, incluso se consideró aconsejable hacerlo expansible al resto de operaciones de reordenación que pudieran acometerse entre entidades nacionales. En este sentido, constituyó un significativo avance la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, al equiparar el régimen fiscal aplicable a todas las operaciones de reestructuración, ya fueran estas de tinte internacional o meramente nacional. Sin embargo, lo que pretendía erigirse como un sistema basado en la neutralidad impositiva, acabó fraguándose como un auténtico *desideratum* ante la indeterminación de algunos de los conceptos que integran su esencia y contenido.

En efecto, desde la necesidad de un solapamiento entre los conceptos mercantiles y los jurídico-tributarios hasta la inserción de una cláusula antiabuso exenta de imperfecciones, son solo algunos de los retos que todavía restan pendientes de una definitiva adecuación legislativa. Especialmente por lo que concierne a los controvertidos motivos económicos válidos, objeto de una dilatada jurisprudencia y doctrina administrativa que no se muestra firme en la interpretación de los mismos. Una peligrosa situación que, en ocasiones, incluso ha desencadenado en una pérdida de rumbo en cuanto a su objetivo principal: la lucha contra las prácticas abusivas y la evasión fiscal. Y, es que, resulta importante recordar que el establecimiento de una cláusula antiabusiva solamente puede configurarse como un método residual y de carácter excepcional, dada la indudable restricción que la misma comporta sobre las libertades fundamentales (véase el apartado 37 de la STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00, *Lankhorst* [NFJ013286]).

---

excepcionales". 4. Los excesos que se puedan poner de manifiesto en la provisión a que se ha hecho referencia supondrán un cargo en la misma con abono a los conceptos de ingreso que correspondan; en concreto, los excesos que se produzcan en relación con el concepto de gasto por impuesto sobre sociedades, supondrán una reducción en la partida "Impuesto sobre beneficios" de la cuenta de pérdidas y ganancias, para lo que se podrá emplear la cuenta 638. "Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios"; por su parte, los excesos que se produzcan en relación con el concepto de intereses correspondientes al ejercicio o a ejercicios anteriores darán lugar a un abono en cuentas del subgrupo 76; por último, los excesos que se puedan poner de manifiesto en relación con el concepto de sanción, figurarán en la partida "Ingresos excepcionales"».

Ante esta encrucijada, donde las entidades se ven abocadas a convivir con una constante vorágine interpretativa, quizás resultara deseable una codificación a nivel legislativo de la doctrina y principios aducidos durante este tiempo en esta materia. De tal modo que solo perviviera un único enfoque común en la aplicación y coordinación de las políticas antiabuso. En este sentido, constituye ya un importante logro la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la Unión Europea y en relación con terceros países, en cuyo documento se apuesta por la elaboración de una definición única de los conceptos de prácticas abusivas y montaje puramente artificial, así como una reducción de las posibles discrepancias que pudieran dar lugar a una no imposición involuntaria<sup>53</sup>. A mayor abundamiento, como apuntan otros sectores, también podría considerarse aconsejable el establecimiento de un sistema de autorización previa por parte de la autoridad administrativa competente como garantía de la aplicación irrevocable del régimen del diferimiento, tal y como prevén algunos sistemas de nuestro entorno<sup>54</sup>.

En definitiva, podemos advertir que el gran reto pendiente consiste en el establecimiento de una red de seguridad jurídica que imposibilite que la indeterminación de los elementos que constituyen la esencia de este sistema fiscal acaben generando un nuevo freno a la ejecución de las operaciones de reestructuración societaria, tan necesarias y saludables en nuestra economía. En esencia, alcanzar un justo equilibrio entre todas las partes enfrentadas, entre lo que constituye la defensa de las libertades comunitarias y la lucha contra el fraude fiscal.

---

<sup>53</sup> COM (2007) 785 final.

<sup>54</sup> Al respecto, CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Hacia...», *op. cit.*, señala «El TJUE no se ha pronunciado sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE de tal modelo, aunque en los casos *Andersen* (C-43/00) y *Foggia* la cuestión prejudicial se planteó en el marco de legislaciones que establecían este modelo».

## Bibliografía

- ALONSO ESPINOSA, F. J. y LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. [2009]: «Especialidades del procedimiento de escisión», en VV. AA., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi.
- ALONSO LEDESMA, C. [2009]: en la obra colectiva *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Thomson Aranzadi, Pamplona.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. [2009]: «La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales», *Diario La Ley*, n.º 7.253.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [2012]: «Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antibus de la "Directiva de fusiones": ¿Hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?», *RCyT. CEF*, n.º 347.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.) [2008]: *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS.
- CHECA GONZÁLEZ, C. [2009]: «Los motivos económicos válidos que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, n.º 1.
- CORRAL ANUARBE, P. [1994]: «La interpretación del principio de igualdad tributaria por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 4, Complutense, Madrid.
- FALCÓN Y TELLA, R. [2001]: «El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, Zwijnenburg)», *Quincena Fiscal*, n.º 6.
- [2001]: «La nueva redacción de la cláusula anti-abuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, n.º 4.
- FERNÁNDEZ NAVARRETE, D. [2007]: *Fundamentos Económicos de la Unión Europea*, Thomson, Madrid.
- GARCÍA NOVOA, C. [2004]: «La Directiva 90/434/CEE: "Operaciones de reestructuración empresarial y planificación fiscal de patrimonios"», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 239.
- IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. [2016]: «Las modificaciones estructurales de las sociedades» en MÉNENDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Thomson Reuters, edición 12.ª.
- MAGRANER MORENO, F. J. [2009]: *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.
- [2010]: «Régimen fiscal del traslado transfronterizo del domicilio social», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, n.º 234.
  - [2015]: «La concurrencia del controvertido "Motivo económico válido" en las operaciones de reestructuración empresarial: una cuestión de prueba (un apunte al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2014)», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, n.º 277.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. [2009]: «Escisión parcial: concepto y requisitos», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Aranzadi, Navarra.
- MARTÍN GARCÍA, J. M. [2008]: «La escisión», en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*, Thomson Aranzadi, Navarra.

MENÉNDEZ GARCÍA, G. [2015]: «El régimen tributario de la cesión global de activo y pasivo» en *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, por ROJO FERNÁNDEZ, A. J.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A. (coords.), Aranzadi.

NAVARRO EGEA, M. [1998]: «Régimen de fusiones. La eficacia directa de la Directiva 90/434/CEE y su proyección en el régimen tributario interno», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol. III, Parte Estudio.

– [1999]: «La fusión de sociedades en la Unión Europea a resultas de la Directiva 90/434/CEE», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 101.

PALAO TABOADA, C. [2002]: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCyT. CEF*, n.º 235.

– [2007]: «La modificación de la Directiva de fusiones» en *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson.

PRADA LARREA, J. L. [2009]: «Consecuencias fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 86.

SÁNCHEZ MANZANO, J. D. [2011]: «Problemática de calificación negocial en torno a las operaciones de reestructuración consumadas por entidades distintas de sociedades mercantiles en el marco del régimen fiscal de la reestructuración empresarial», *Quincena Fiscal*, n.º 8.

– [2015]: «La regla de proporcionalidad como rasgo caracterizador de la escisión desde la óptica fiscal. Los filtros insertados por los criterios administrativos para aceptar las tutela de las escisiones subjetivas dentro del régimen fiscal de la reestructuración empresarial», *Quincena Fiscal*, n.º 4.

SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A. [2010]: «A vueltas con los problemas de la prueba en Derecho Tributario», *RCyT. CEF*, n.º 325.

– [2015]: «La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015», *RCyT. CEF*, n.º 391.

SANZ GADEA, E. [2001]: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000», *RCyT. CEF*, n.º 215.

SPEAR, H. M.: «Corporate Business Purpose in Reorganizations», *Tax Law Review*, vol. 3, 19.

# LOS INFORMES MOTIVADOS VINCULANTES COMO INSTRUMENTO PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS INCENTIVOS FISCALES A LA INNOVACIÓN

**Modesto Fabra Valls**

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.  
Universitat Jaume I*

---

## EXTRACTO

En el trabajo se analizan los informes motivados vinculantes expedidos para dotar de seguridad a los contribuyentes en la calificación de las actividades que dan derecho a los incentivos fiscales a la innovación, así como para clarificar otros aspectos como la adscripción en exclusiva de los investigadores a las citadas actividades. Al igual que ocurre con carácter general (mediante instrumentos como las consultas o los acuerdos previos de valoración) el sistema tributario español permite obtener pronunciamientos previos vinculantes. Sin embargo, en relación con la deducción en la cuota por I+D+i los citados pronunciamientos no se expiden por la Agencia Tributaria o por la Dirección General de Tributos sino que su emisión corresponde al ministerio con competencias en ciencia y tecnología (actualmente el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad).

Estos informes motivados, vinculantes respecto a la calificación de las actividades, han permitido que la deducción en la cuota por actividades de I+D+i se consolide como un importante instrumento de financiación de la innovación empresarial. Sin embargo, presentan diversos aspectos susceptibles de mejora. El principal de ellos, las dudas que se suscitan respecto a los efectos que despliegan los distintos tipos de informes y la relación entre ellos. Además, utilizan con carácter general un procedimiento que implica la revisión en cada una de las anualidades de los gastos ejecutados, cuando el informe únicamente va a ser vinculante en cuanto a la calificación de las actividades, aspecto que puede introducir costes y dilaciones innecesarias. También se analizan los acuerdos previos de valoración que se utilizan en relación con el *patent box*, que son expedidos por la Dirección General de Tributos, así como las diferencias y relaciones entre los distintos instrumentos.

**Palabras clave:** incentivos fiscales, innovación, deducción I+D+i, *patent box* e informes motivados vinculantes.

---

*Fecha de entrada: 29-12-2016 / Fecha de aceptación: 02-02-2017 / Fecha de revisión: 08-06-2017*

## BINDING RULINGS AS AN INSTRUMENT FOR THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF FISCAL INCENTIVES FOR INNOVATION

Modesto Fabra Valls

---

### ABSTRACT

The paper analyzes the binding rulings issued to provide certainty for taxpayers with regard to the qualification of activities that entitle fiscal incentives to innovation, as well as to clarify other aspects such as the exclusive secondment of researchers to these activities. As in general, the Spanish tax system allows obtaining advanced rulings. However, as far as the R+D and innovation tax credit is concerned, the aforementioned rulings are not issued by the Tax Agency or by the General Directorate of taxes, but by the Department with competencies in Science and Technology (currently Ministry of Economy, Industry and Competitiveness).

These rulings, which are binding on the qualification of the activities, have allowed the R & D and innovation tax credit in Spain to be consolidated as an important financing instrument for business innovation. However, they have some drawbacks that can be improved. Key among these, the doubts that arise regarding the effects of different types of rulings and the relationship between them. In addition, they generally use a procedure which involves reviewing the expenditure incurred yearly, when the report is only binding on the qualification of the activities, which may introduce unnecessary costs and delays. The paper also analyzes the advance agreements that are used in relation to the patent box, issued by the General Directorate of taxation, as well as the differences and relationships between the different instruments.

**Keywords:** tax incentives, innovation, R+D tax credits, patent box and binding rulings.

---

---

## Sumario

1. Las dificultades interpretativas en los incentivos fiscales a la innovación
2. Los tipos de informes motivados vinculantes según el artículo 35.4 de la LIS y su relación con las consultas y con los acuerdos previos de valoración
3. Los informes motivados vinculantes y el control de las bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social
4. Los tipos de informes motivados vinculantes en la regulación reglamentaria
  - 4.1. Los informes motivados vinculantes de contenido y ejecución o de seguimiento
  - 4.2. Los informes motivados vinculantes *ex ante*
5. Los informes motivados vinculantes del CDTI y los demás informes expedidos *ex ante* sin informe técnico
6. El informe motivado vinculante para la deducción sin límite y el abono (*cash back*)
7. La interpretación y aplicación en el *patent box*
8. Consideraciones finales

**NOTA:** Trabajo realizado en el seno del proyecto «Innovación y sector público: retos y contexto» financiado por la Generalitat Valenciana (AICO/2015/023).

## 1. LAS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS EN LOS INCENTIVOS FISCALES A LA INNOVACIÓN

El artículo 35 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS), regula una deducción en cuota por actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica (en adelante I+D+i). En relación con las primeras se permite una deducción del 25% de los gastos imputados por proyectos en que se haya incurrido en el ejercicio, que se eleva al 42% en aquellos supuestos en que los gastos en que se incurre en el ejercicio superan la media de los dos años anteriores. Se permite, además, una deducción adicional del 17% del importe de los gastos de personal de la entidad correspondientes a investigadores cualificados adscritos en exclusiva a la realización de las actividades de investigación y desarrollo; y un 8% de deducción en relación con las inversiones en elementos de inmovilizado material e intangible, excluidos los edificios y terrenos, siempre que estén afectos exclusivamente a las citadas actividades. Por su parte, el apartado 2 de este artículo permite la deducción del 12% de los gastos de innovación tecnológica en que se incurre en el ejercicio.

Se trata de un incentivo indirecto a la innovación que, junto con otras medidas también previstas por la LIS como la libertad de amortización aplicable a los gastos de investigación y desarrollo regulada en el artículo 12.3 b) de la LIS o el *patent box* regulado en el artículo 23 de la LIS, sitúa a España entre los países de nuestro entorno con un régimen más favorable<sup>1</sup>.

La deducción por I+D resultó poco utilizada durante los primeros años tras su introducción a partir del año 1992<sup>2</sup> debido, en buena medida, a la incertidumbre que generaba su aplicación. Incluso a partir de que la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modificó sustancialmente el régimen aplicable a partir del 1 de enero de 2000, hiciera una referencia expresa a la posible utilización de los tradicionales instrumentos para eliminar dudas interpretativas en la aplicación de los tributos (las consultas vinculantes y los acuerdos previos de valoración) aunque remitiéndose a la regulación genérica de los mismos, prevista en la Ley de derechos y garantías de los contribuyentes.

<sup>1</sup> Ministerio de Ciencia e Innovación, *Análisis comparativo sobre el diseño, configuración y aplicabilidad de Incentivos Fiscales a la Innovación empresarial*, 2011, pág. 8.

<sup>2</sup> Concretamente mediante la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992.

La referida incertidumbre está relacionada con la dificultad para calificar las actividades elegibles y, en particular, para determinar si encajan en los conceptos de investigación, desarrollo o investigación, que exige una valoración del grado de novedad en un determinado campo científico. Novedad que debe ser objetiva, es decir, implicar un cambio respecto al conjunto del sector o actividad, en el caso de la investigación y el desarrollo. Y subjetiva en el supuesto de la innovación tecnológica, en la medida en que únicamente se requiere que se produzca una mejora respecto a los productos o procesos previamente utilizados por la propia empresa. En ambos casos, se trata de pronunciarse sobre aspectos que exigen conocimientos técnicos de los que carecen los funcionarios de la Dirección General de Tributos (en adelante DGT), que evacúan las consultas, o los funcionarios de la inspección tributaria, bien cuando se pronuncian respecto a las solicitudes de acuerdos previos de valoración o cuando interpretan el ordenamiento comprobando la aplicación de la deducción efectuada por los contribuyentes. Por último, tampoco los asesores fiscales cuando interpretan las normas van a poder valorar adecuadamente el grado de novedad científica o tecnológica que un proyecto persigue respecto a un campo o sector.

Cierto es que tanto en los procedimientos de gestión y comprobación como en la posterior revisión administrativa o judicial puede recurrirse a la prueba pericial, incorporando a los respectivos procedimientos la competencia técnica de técnicos con conocimientos adecuados, quienes emiten su criterio que es objeto de valoración libre por los órganos encargados de la aplicación de la norma o por los órganos, administrativos o judiciales que conocen del recurso. Sin embargo, y aunque en diversos supuestos en los que se trataba de determinar si un proyecto del ámbito de las tecnologías de la información suponía una novedad científica o tecnológica, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) justificó su decisión en informes del equipo de auditoría informática de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes al respecto<sup>3</sup>, es más habitual que se cuestione la aplicación de la deducción sin ninguna referencia técnica externa<sup>4</sup>.

Como solución al problema la LIS, a partir de 2003<sup>5</sup>, introdujo la posibilidad de que interviniesen terceros en la determinación de las actividades elegibles para los incentivos fiscales por I+D+i de modo previo y vinculante. Concretamente mediante los denominados «informes motivados vinculantes» (IMV) que se expiden, con carácter general, por el ministerio que tiene competencias en ciencia y tecnología (actualmente el Ministerio de Economía, Industria y Com-

<sup>3</sup> Véanse en este sentido las Sentencias de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2013 (rec. núm. 137/2010 [NFJ050464]) y de 18 de septiembre de 2014 (rec. núm. 435/2011 [NFJ056399]).

<sup>4</sup> Puede verse, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de junio de 2013 (rec. núm. 221/2010 [NFJ051746]) en la que se estima el recurso contra la regularización practicada en virtud de la ausencia de motivación debida a que no «hay constancia, porque no se ha practicado específica prueba sobre ello, de que el inspector interviniente en el procedimiento inspector poseyera una titulación académica adecuada, en materia de ingeniería informática, que le facultase para valorar fundadamente, con plena solvencia científica, el proyecto» (FJ 4.º). Por el contrario, la entidad contribuyente sí que aportaba un certificado de calificación del proyecto como I+D+i expedido por una entidad certificadora.

<sup>5</sup> En virtud de la modificación introducida por la Ley 7/2003, de 1 de abril.

petitividad), aunque el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) también los expide respecto a proyectos subvencionados por ese organismo. Además de incluir una obvia exigencia de motivación, predicable a cualquier informe o acto administrativo, la denominación de los mismos alude a su carácter vinculante para la Administración tributaria en cuanto a la calificación del proyecto.

Desde la perspectiva de la aplicación de los tributos, los informes motivados vinculantes constituyen un supuesto de anticipación de la interpretación, al igual que ocurre con las consultas tributarias o con los acuerdos previos de valoración, en los que la competencia para esta interpretación se atribuye a un tercero con conocimientos técnicos en la materia. Por otra parte, tal como ha entendido el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 12 de enero de 2014 (rec. núm. 843/2012 [NFJ053472]) «la participación de los centros directivos de otros Departamentos Ministeriales viene a alcanzar [...] una importancia especial» al tratarse de una norma que tiene un fin extrafiscal<sup>6</sup>.

En realidad, en el procedimiento utilizado habitualmente para la expedición de los informes motivados vinculantes no interviene únicamente el Ministerio con competencia en Ciencia y Tecnología sino que el Real Decreto 1432/2003, de 21 de noviembre (en adelante REIMV), que desarrolla reglamentariamente la expedición de estos informes, exige que se aporte a la solicitud un informe técnico expedido por una entidad acreditada por Entidad Nacional de Acreditación (en adelante ENAC) a estos efectos. Estas entidades certificadoras tienen que justificar que cuentan con expertos de los distintos campos tecnológicos para los que están acreditadas, con procedimientos adecuados para revisar que se cumplen con los requisitos legales para la calificación de las actividades como I+D o como innovación tecnológica y con auditores contables que revisan los gastos imputados en las distintas actividades, en los informes de ejecución. De este modo, aunque la competencia para expedir el IMV corresponde al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, los funcionarios del citado ministerio disponen para la preparación de la propuesta de la información y valoraciones que se contienen en este informe técnico.

Los IMV y la introducción de actores distintos a los contribuyentes y a la Administración tributaria en la interpretación y aplicación de las deducciones por I+D+i han resultado esenciales para que se incrementara su utilización y, en consecuencia, para que la deducción tuviese el efecto incentivador deseado. El número de IMV ha ido creciendo significativamente y ha pasado

<sup>6</sup> Aunque no se trata del modelo general, la participación de organismos o agencias ministeriales con competencias en promoción de la innovación en la aplicación de las deducciones fiscales también se utiliza en otros ordenamientos. En este sentido en los Países Bajos las solicitudes de deducción por I+D+i se evalúan por *Senternovem*, agencia estatal encargada de la promoción de la innovación. En Portugal la elegibilidad para los incentivos fiscales se realiza por la *Agência Nacional de Inovação*. Por su parte, en Australia la aplicación del incentivo se realiza mediante la gestión conjunta entre el Ministerio de Industria, Innovación y Ciencia (a través del programa *AusIndustry*) y la ATO (*Australian Taxation Office*). Puede verse al respecto MARGARET MCKERCHAR, M. y HANSFORD, A.: «Achieving innovation and global competitiveness through research and development tax incentives: lessons for Australia from the UK», *Australian tax forum*, núm. 27, 2012, págs. 3-23.

de 298 en el ejercicio 2004 a 6.785 en el ejercicio 2015, habiéndose producido un salto significativo a partir del año 2014<sup>7</sup>, en el que en virtud de la reforma introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, es posible optar por la aplicación de la deducción sin el límite previsto en el artículo 39.1 de la LIS<sup>8</sup> y, en caso de insuficiencia de cuota, por solicitar el abono, en ambos casos con una reducción del 20% y con el cumplimiento de determinados requisitos entre los que destaca la necesidad de haber obtenido un informe motivado sobre la calificación de la actividad como investigación y desarrollo o innovación tecnológica o un acuerdo previo de valoración de los gastos e inversiones correspondientes a dichas actividades.

## 2. LOS TIPOS DE INFORMES MOTIVADOS VINCULANTES SEGÚN EL ARTÍCULO 35.4 DE LA LIS Y SU RELACIÓN CON LAS CONSULTAS Y CON LOS ACUERDOS PREVIOS DE VALORACIÓN

Los IMV se regulan en el artículo 35.4 de la LIS de modo conjunto a otros instrumentos que tienen la misma finalidad de facilitar la aplicación e interpretación de la deducción por I+D+i.

En primer lugar, según la letra a) del citado artículo, para la aplicación de la deducción por I+D+i los contribuyentes pueden aportar informe motivado relativo al cumplimiento de los requisitos científicos y tecnológicos exigidos en el artículo 35 de la LIS, para calificar las actividades del contribuyente como investigación y desarrollo, o para calificarlas como innovación. Dicho informe, según se añade en el citado artículo 35.4 a) de la LIS, tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria.

En esta letra se regula el principal tipo de IMV, que se emite con la finalidad de acreditar, de modo autónomo, que las actividades realizadas encajan en los conceptos legales de I+D+i. Repárese que el informe es vinculante en cuanto a la calificación de las actividades.

En segundo lugar, de conformidad con el artículo 35.4 b) de la LIS, en la tramitación de las consultas vinculantes sobre la interpretación y aplicación de la deducción los contribuyentes podrán aportar informe motivado relativo al cumplimiento de los requisitos científicos y

---

<sup>7</sup> En concreto se solicitaron 3.928 informes en el año 2013, 5.233 en el año 2014 y 6.785 en el año 2015. Conviene tener en cuenta que los informes no son obligatorios y no se solicitan en todas las deducciones. Por poner un ejemplo, en 2007 se declararon deducciones por I+D en 6.006 declaraciones. Se aplicaron deducciones en 3.621 declaraciones. Y se solicitaron 1.237 IMV.

<sup>8</sup> Del 25% de la cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición internacional y las bonificaciones o del 50% cuando el importe de la deducción por I+D+i que corresponda a gastos e inversiones efectuados en el propio periodo impositivo exceda del 10% de la citada cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición internacional y las bonificaciones.

tecnológicos exigidos para calificar las actividades del contribuyente como investigación y desarrollo, o para calificarlas como innovación, que resulta asimismo vinculante para la Administración tributaria.

Si el propio IMV permite, por sí mismo, obtener una calificación de dichas actividades de modo vinculante, no parece que la tramitación de la consulta vaya a añadir una excesiva utilidad al respecto. Por otra parte, el tiempo de tramitación necesario para obtener el IMV va a retrasar la posibilidad de solicitar la consulta, teniendo en cuenta que los IMV pueden instarse, como veremos con posterioridad, hasta la finalización del plazo para la presentación de la declaración del impuesto sobre sociedades del ejercicio en el que se genera el derecho a la deducción<sup>9</sup>. Sin embargo, el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad permite que se efectúe la solicitud sin aportar documentación adicional, que puede ser presentada hasta un plazo inicialmente indeterminado pero extenso que actualmente se está reduciendo pero que comprende varios meses adicionales. Y, aunque un contribuyente no agote el plazo y presente la solicitud pocos días después del cierre del ejercicio al que se refiere, las solicitudes son analizadas conjuntamente una vez cerrado el plazo concedido a todos los solicitantes para la aportación de la documentación adicional, por lo que el pronunciamiento se obtiene, con carácter general, transcurrido un año y medio desde la finalización del ejercicio al que se refiere la solicitud.

Nada impediría solicitar una consulta con posterioridad dado que, aunque las consultas deban plantearse antes de que finalice el plazo para presentar la declaración o ejercer los derechos, la deducción por I+D+i puede aplicarse en el ejercicio en que se generó el derecho a la deducción o en cualquiera de los 18 ejercicios siguientes. Aunque, como ya se ha mencionado, no tiene mucho sentido que una vez obtenida una calificación vinculante a través de un IMV, se inicie un nuevo procedimiento en el que la DGT no tendría otra opción que ratificar la calificación ofrecida por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. De hecho, una de las causas por las que una entidad puede tener interés en solicitar una consulta en lugar de un informe motivado vinculante puede ser el plazo más reducido de obtención de las primeras a pesar de que, como diremos, en la regulación reglamentaria de los plazos de tramitación para los segundos se establece un periodo más breve de resolución (tres meses que son ampliamente superados) que para aquellas (seis meses que no suelen diferir en exceso del plazo real de tramitación). Y, habiéndose decidido optar por la vía de las consultas, una posible opción puede ser la de aportar a la consulta un informe técnico expedido por una entidad certificadora que sirva para justificar, con informes de expertos externos en el ámbito científico del proyecto, la calificación que pretende aplicar el contribuyente. Este certificado, al igual que la consulta, se expedirá con anterioridad a la ejecución del proyecto aunque en un plazo mucho más breve que el requerido para la obtención del IMV (que dependerá de la entidad de certificación pero que suele ser de dos meses) y se referirá, únicamente, a la calificación del mismo.

<sup>9</sup> Es decir, para ejercicios que coinciden con el año natural el plazo para la solicitud del IMV finalizará el 25 de julio siguiente.

Conviene tener en cuenta, por otra parte, que la emisión de la consulta impide al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad emitir el informe motivado vinculante, dado que según el artículo 8.4 del REIMV «No se emitirá informe respecto de aquellas actividades o proyectos sobre los que se haya resuelto por la Administración tributaria consulta vinculante». Según entiendo, la consulta debe referirse a la calificación de la actividad como investigación y desarrollo o como innovación, que es el objeto del IMV, de modo que la emisión de una consulta en relación con cualquier otro aspecto de la aplicación de la deducción no impediría la emisión del IMV. Por tanto, si lo que se desea es plantear una consulta sobre aspectos relacionados con la aplicación de la deducción por I+D+i adicionales a la propia calificación de la actividad conviene tramitar el IMV que, por sí mismo, será vinculante, en relación con la calificación de las actividades y, adicionalmente, solicitar la consulta respecto a las restantes dudas interpretativas.

En tercer lugar, según el artículo 35.4 c) de la LIS, el contribuyente puede solicitar a la Administración tributaria la adopción de acuerdos previos de valoración de los gastos e inversiones correspondientes a proyectos de investigación y desarrollo o de innovación tecnológica, conforme a lo previsto en el artículo 91 de la Ley General Tributaria (en adelante LGT) y también, a estos efectos, los contribuyentes pueden aportar informe motivado.

Frente a los dos apartados anteriores en los que el contenido del informe se refiere exclusivamente al cumplimiento de los requisitos científicos y tecnológicos exigidos para calificar las actividades del contribuyente como investigación y desarrollo, o como innovación tecnológica, en relación con los IMV que se aportan en una solicitud de un acuerdo previo de valoración, el informe motivado se debe referir tanto a calificación de las actividades como a la identificación de los gastos e inversiones que puedan ser imputados a dichas actividades. No obstante, el citado informe tiene carácter vinculante para la Administración tributaria pero exclusivamente en relación con la calificación de las actividades. Es decir, en ningún caso vincula la identificación de gastos e inversiones imputados a cada actividad. Además, dicho informe deberá ser emitido necesariamente con anterioridad a la realización de la actividad, dado que los acuerdos previos de valoración deben solicitarse, según el artículo 38.2 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre sociedades (en adelante RIS), antes de efectuar los gastos correspondientes.

Un aspecto de interés en relación con los acuerdos previos de valoración es el de los efectos del silencio. De acuerdo con el artículo 91 de la LGT y 38.7 del RIS, el plazo máximo del procedimiento es de seis meses y la falta de contestación de la Administración tributaria en los plazos indicados implicará la aceptación de los valores propuestos por el contribuyente. Sin embargo, en el supuesto de los informes motivados vinculantes y al igual que ocurre con las consultas, la falta de contestación en el plazo máximo no implicará la aceptación de los criterios expresados por el consultante en el escrito de petición de informe ni determinará efectos vinculantes para el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

La utilización de un IMV para la obtención de un acuerdo previo de valoración puede resultar útil dado que el primero permite calificar la actividad mientras que el segundo permite obte-

ner seguridad en cuanto a la valoración de los gastos en que se incurrirá. Sin embargo, de nuevo el tiempo necesario para obtener el IMV va a resultar un importante obstáculo para la aportación de los informes motivados vinculantes en las solicitudes de acuerdos previos de valoración, al retrasar la solicitud de un acuerdo que, como se ha indicado, debe iniciarse con anterioridad a la ejecución del proyecto. Además, no será posible tramitar ambos simultáneamente dado que el segundo se resolverá muy probablemente con mayor celeridad que el primero y según el artículo 8.4 del REIMV, no puede emitirse el IMV una vez se haya resuelto un acuerdo previo de valoración. De nuevo, la aportación de un informe técnico expedido por una entidad certificadora puede ser una alternativa que, sin ser vinculante para la Administración tributaria, puede contribuir para justificar la calificación que el contribuyente concede al proyecto.

Por último, conviene considerar que tanto los acuerdos previos de valoración como los informes motivados que se obtengan para su aportación a los mismos se expedirán con carácter previo al inicio de la ejecución del proyecto, de modo que se podrán pronunciar sobre la calificación y sobre la valoración de los gastos e inversiones presupuestados para las actividades calificadas como investigación y para las que se califiquen como innovación tecnológica. Pero, en ningún caso, se comprueba, tras la ejecución de la anualidad, si los gastos ejecutados se corresponden con los presupuestados o si ha habido desviaciones. Aspectos cuya valoración corresponde siempre a la Administración tributaria, en el seno de los eventuales procedimientos de comprobación e inspección.

### 3. LOS INFORMES MOTIVADOS VINCULANTES Y EL CONTROL DE LAS BONIFICACIONES EN LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

Aunque analizaremos principalmente los informes motivados regulados por la normativa tributaria, en España se aplican también incentivos públicos indirectos a la realización de actividades de I+D+i articulados mediante bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social. En relación con las mismas también se prevé la utilización de informes motivados vinculantes.

Las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social de investigadores han tenido una compleja existencia, vinculada a la propia evolución del régimen de la deducción por I+D+i en el impuesto sobre sociedades, teniendo en cuenta que ambas medidas han sido tradicionalmente incompatibles, siendo la deducción más generosa<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> En concreto, las bonificaciones se crearon mediante la disposición adicional vigésima de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, ley que derogó aunque de modo gradual y diferido la deducción por I+D+i. Consistían en una bonificación equivalente al 40% de las cotizaciones por contingencias comunes a cargo del empresario del personal investigador dedicado, exclusivamente, a actividades de I+D+i y eran incompatibles con la aplicación de la deducción. Posteriormente, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, suprimió las bonificaciones una vez que la Ley de economía sostenible, en 2011, mantuviese de forma indefinida la deducción por I+D. Sin embargo, poco después, la Ley de presupuestos generales del Estado para 2013 volvió a recuperar una medida que permite una reducción inmediata en los gastos empresariales y favorece la contratación de personal investigador en un contexto de crisis.

Actualmente se regulan por la disposición adicional septuagésima novena de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2013, que autoriza al gobierno a que regule una bonificación del 40% de las cotizaciones por contingencias comunes a cargo del empresario del personal investigador que se dedique, exclusivamente, a actividades de I+D+i. Y establece además que la medida será compatible, en los términos que reglamentariamente se señalen, con la deducción por I+D+i regulada en el artículo 35 de la LIS. Compatibilidad que justifica la utilidad de la bonificación.

La regulación de la bonificación en las cotizaciones a la Seguridad Social, y de su compatibilidad con la deducción por I+D+i, se ha efectuado por el Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, que se refiere en diversos preceptos a los informes motivados vinculantes.

En primer lugar, el artículo 6.2.2.º del citado Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, califica a una pequeña y mediana empresa como «PYME innovadora», entre otras circunstancias, cuando haya obtenido, en los tres años anteriores al ejercicio del derecho de bonificación, un informe motivado vinculante positivo a efectos de aplicación de la deducción en la cuota por I+D+i<sup>11</sup>.

A estos efectos, se consideran como pymes las empresas que cumplen los criterios establecidos en la recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo. Y su calificación como «PYMES innovadoras» y su inscripción en el registro que, a tal efecto, gestiona el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad permiten la compatibilidad entre la bonificación y la deducción fiscal<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Se trata de uno de los siete medios distintos englobados en tres vías distintas para obtener este reconocimiento, a que se refiere el citado artículo 6 del Real Decreto 475/2014, de 14 de junio. La primera de ellas, cuando haya recibido financiación pública en los últimos tres años, sin haber sufrido revocación por incorrecta o insuficiente ejecución de la actividad financiada, a través de:

- 1.º Convocatorias públicas en el marco del VI Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica o del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación.
- 2.º Ayudas para la realización de proyectos de I+D+i, del Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial.
- 3.º Convocatorias del 7.º Programa Marco de I+D+i o del Programa Horizonte 2020, de la Unión Europea.

En segundo lugar, también se considerarán pymes innovadoras cuando hayan demostrado su carácter innovador por su propia actividad. Circunstancia que puede acreditarse por la referida obtención en los tres años anteriores al ejercicio del derecho de bonificación, de un informe motivado vinculante positivo a efectos de la aplicación de la deducción del artículo 35 de la LIS. Y, también, por disponer de una patente propia en explotación en un periodo no superior a cinco años anterior al ejercicio del derecho de bonificación.

Por último, las entidades pueden obtener el reconocimiento como pyme innovadora cuando hayan demostrado su capacidad de innovación, mediante alguna de las siguientes certificaciones oficiales reconocidas por el Ministerio de Economía y Competitividad:

- 1.º Joven Empresa Innovadora (JEI), según la Especificación AENOR EA0043.
- 2.º Pequeña o microempresa innovadora, según la Especificación AENOR EA0047.
- 3.º Certificación conforme a la norma UNE 166.002 «Sistemas de gestión de la I+D+i».

<sup>12</sup> Para las empresas que no son pymes innovadoras se establece una incompatibilidad que alcanza únicamente al trabajador respecto al que la empresa, en relación con el mismo proyecto, puede optar por aplicar la bonificación en

Los informes motivados vinculantes se regulan también en el artículo 8 del Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, como instrumento para controlar el adecuado control de las bonificaciones efectuadas por las empresas. En concreto, su apartado 1 establece que:

«Para el adecuado control de las bonificaciones efectuadas, las entidades o empresas que apliquen bonificación en las cuotas de diez o más investigadores a lo largo de tres meses o más en un ejercicio, deberán aportar ante la Tesorería General de la Seguridad Social en un plazo máximo de seis meses desde la finalización del ejercicio fiscal en el que se han aplicado las bonificaciones, un informe motivado vinculante emitido por la Dirección General de Innovación y Competitividad, del Ministerio de Economía y Competitividad relativo al cumplimiento en dicho periodo de la condición de personal investigador con dedicación exclusiva a actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica».

En este supuesto, el objetivo del IMV tiene un doble alcance. Debe referirse, con carácter esencial, a la dedicación exclusiva del personal investigador a las citadas actividades y, para ello, también es necesario efectuar una calificación de las mismas. Con esta finalidad, el segundo párrafo de este artículo 8.1 establece que la entidad deberá, con la finalidad de obtener el IMV, presentar ante la citada Dirección General de Innovación y Competitividad (en la actualidad Secretaría General de Ciencia e Innovación) un informe técnico de calificación de tales actividades y dedicación, de acuerdo con las definiciones de estos conceptos y los requisitos científicos y tecnológicos que se prevén en el artículo 35 de la LIS.

En este caso, la obtención y aportación del IMV es un requisito para que las empresas puedan aplicar el incentivo (al igual que ocurre, como veremos, en aquellos supuestos en los que las empresas optan por la aplicación de la deducción sin límite y, en su caso, el abono *-cash back-* de la deducción fiscal no aplicada). Y se trata de un supuesto en el que la aportación del informe está sujeta a un plazo breve, concretamente de seis meses desde la finalización del ejercicio, muy inferior como veremos al necesario para obtener un IMV para acreditar el cumplimiento de los requisitos fiscales. Por tanto, las empresas solicitantes, las entidades certificadoras y la Dirección General de Innovación y Competitividad (actualmente Secretaría General de Ciencia e Innovación) deben prestar una especial diligencia en la solicitud, tramitación y expedición. Debe tenerse en cuenta, además, respecto a la intervención de la entidad certificadora, que el informe en este supuesto exige no únicamente certificar la calificación de las actividades, que pueden consistir en distintos proyectos, sino también la dedicación en exclusiva de los investigadores a las actividades de I+D+i, lo que implica exigencias adicionales en el proceso de cer-

---

la Seguridad Social o podrá considerar su coste en la base de la deducción del artículo 35 de la LIS. Es decir, puede que sobre el mismo proyecto se apliquen ambas medidas, bonificación y deducción en el impuesto sobre sociedades, siempre que los costes del investigador o investigadores sobre los que se aplica la deducción no se incluyan en la base de la deducción del impuesto sobre sociedades.

tificación y, más concretamente, una auditoría en la propia empresa que incluye una entrevista personal con los investigadores.

Tal como se desprende del artículo 7 del Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, en relación con las bonificaciones a la cotización empresarial, el IMV se aplica *a posteriori* de la aplicación de la bonificación, como medida de control del cumplimiento de los requisitos, de modo que no es posible tramitar el IMV relativo al mismo y, una vez obtenido, aplicar las bonificaciones bien sobre futuras cotizaciones o mediante la solicitud de devolución de las ya practicadas. Este procedimiento añade riesgos a la práctica de la bonificación, dado que es posible que una vez aplicada la misma no se obtenga un IMV positivo, supuesto en el que, según se indica en el artículo 9 del Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, procederá a la devolución de las cantidades dejadas de ingresar por bonificación en la cotización a la Seguridad Social con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social y sin perjuicio de la posible exigencia de sanciones<sup>13</sup>.

Conviene reparar que, en relación con las deducciones por I+D+i, los IMV permiten alcanzar dos objetivos relacionados. El primero, que la calificación sobre un aspecto técnico como la naturaleza del proyecto o, en su caso, la dedicación exclusiva de los investigadores a dichas actividades se efectúe por un tercero, con conocimientos técnicos en la materia. El segundo, anticipar este pronunciamiento, de modo que la aplicación de la deducción se efectúe cuando la empresa ya dispone de una calificación vinculante para la Administración tributaria, de dichas actividades. En el procedimiento que se ha regulado en relación con las bonificaciones fiscales, se consigue la primera finalidad pero se renuncia a la segunda y, con ella, a uno de los efectos más relevantes de los IMV.

Teniendo en cuenta la compatibilidad entre deducciones y bonificaciones, se pueden suscitar dudas respecto a si el IMV que se obtiene para la aplicación de las bonificaciones sirve también a efectos de la aplicación de la deducción por I+D+i, en el supuesto de que se vayan a aplicar ambas. Tanto por razón del contenido (en ambos casos se trata de que un tercero califique las actividades) como por razones de eficiencia, la respuesta debiera ser afirmativa. Y a esta conclusión llegamos también a la luz del tercer párrafo del artículo 8.1 del Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, en el que se indica que:

«Este informe tendrá carácter vinculante ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social. En caso de resultar negativo con relación a la bonificación ya practicada pero siendo tales gastos susceptibles de deducción fiscal, al margen de la devolución de las mismas como establece el artículo siguiente, las empresas podrán aplicar el gasto a la deducción fiscal correspondiente».

<sup>13</sup> De acuerdo con lo establecido en el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Sin embargo, la distinción que efectúa el REIMV entre tipos de IMV a la que nos referimos a continuación y el distinto plazo de expedición en uno y otro tipo de informes y, especialmente, la circunstancia de que para la deducción por I+D+i los gastos deben estar individualizados por proyectos, pueden introducir dificultades. Entendemos, a pesar de ello, que una vez calificadas las actividades como I+D+i a efectos de la bonificación en las cotizaciones de la Seguridad Social, en el eventual IMV que se solicite a efectos de la aplicación de las deducciones fiscales o en la aplicación de la deducción por I+D+i no procederá cuestionar la calificación de las actividades sino únicamente aquellos aspectos como la identificación de los gastos referidos al proyecto no analizados en el primer informe.

Por otra parte, todavía relacionada con la adecuada aplicación de la bonificación por cotizaciones a la Seguridad Social, de modo coordinado con la deducción por I+D+i, aunque sin que presente una necesaria relación con los IMV, conviene conocer que a efectos de facilitar el control se establecen varias medidas adicionales. En primer lugar, en virtud del artículo 8.2 del Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, cuando se apliquen conjuntamente ambas medidas los contribuyentes deberán aportar ante la AEAT una memoria anual de actividades y proyectos ejecutados e investigadores afectados por la bonificación junto con la declaración del impuesto sobre sociedades. Además, el artículo 8.3 del Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, que estamos comentando, establece que la Tesorería General de la Seguridad Social remitirá a la AEAT una relación de los investigadores cuya cotización se haya bonificado, al final de cada ejercicio, para su cruce con las deducciones fiscales que se soliciten. Por último, en el apartado 4 del citado artículo 8 se establecen las competencias respecto al control de la aplicación conjunta de las medidas, de modo que a la AEAT le corresponde comprobar que se cumplen las condiciones para compatibilizar ambos incentivos, mientras que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social controlarán la correcta aplicación de las bonificaciones sobre las cotizaciones. En el seno de estas actividades de control los IMV serán vinculantes en cuanto la calificación de las actividades y la dedicación en exclusiva del personal investigador a las mismas. Además, deberá comprobarse si se ha obtenido el IMV cuando tiene carácter obligatorio.

#### **4. LOS TIPOS DE INFORMES MOTIVADOS VINCULANTES EN LA REGULACIÓN REGLAMENTARIA**

Los IMV se desarrollan reglamentariamente en el REIMV, cuyo artículo 2 relaciona cuatro tipos. Los tres primeros coinciden con los que se mencionan expresamente en el artículo 35.4 de la LIS. El tipo a), para la aplicación autónoma de la deducción de I+D+i. El tipo b), para su aportación en la solicitud de consultas vinculantes. Y el tipo c), para ser utilizado en la tramitación de acuerdos previos de valoración. Por su parte, la letra d) regula el IMV relativo al cumplimiento de los requisitos científicos y tecnológicos del personal investigador, a los efectos de aplicar las correspondientes bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social.

Según hemos tenido ocasión de señalar en el apartado 2 del presente trabajo, la LIS no exige que el informe motivado vinculante autónomo, previsto en el artículo 35.4 a) de la LIS, se pro-

nuncie sobre la identificación de gastos e inversiones y su imputación a las actividades calificadas como I+D+i, al contrario de lo que ocurre con los IMV que se solicitan para aportar a los procedimientos para la adopción de acuerdos previos de valoración, regulados en el artículo 35.4 c) de la LIS, en los que sí se requiere. Sin embargo, en el desarrollo reglamentario se exige que así sea en ambos casos. Concretamente, el artículo 8 del REIMV señala que en el caso de los informes motivados a que se refieren los párrafos a) y c) del artículo 2 de la citada norma, se detallará la identificación de los gastos e inversiones asociados con cada contenido que merezcan tales calificaciones. Más aún, del artículo 9 del REIMV también parece desprenderse, en cuanto a sus efectos, que el momento de emisión de los informes motivados es distinto en los informes autónomos tipo a) expedidos de acuerdo con los artículos 35.4 a) de la LIS y 2 a) del REIMV y en los que se emiten para su aportación a las consultas tributarias o a los acuerdos previos de valoración, regulados en los artículos 35.4 b) y c) de la LIS y 2 b) y c) del REIMV, respectivamente. En concreto, el artículo 9.1 del REIMV indica que en los informes a que se refiere el artículo 2 a) el importe de los gastos e inversiones efectivamente incurridos en actividades de investigación y desarrollo o innovación, que pudieran constituir la base de la deducción, deberá, en todo caso, estar debidamente documentado y ajustado a la normativa fiscal vigente, aunque corresponderá a los órganos competentes de la Administración tributaria la inspección y control de estos extremos. Por tanto, estos informes se emiten *a posteriori*, una vez ejecutados los gastos. Y aunque el importe de los mismos debe estar documentado y justificarse con carácter previo a la expedición del IMV, la inspección y control de su adecuación a la normativa tributaria corresponde a la Administración tributaria. Es decir, las evidencias y pruebas que pueda requerir la entidad certificadora o el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad no eximen de la necesidad de acreditarlo ante una inspección. No podía ser de otro modo, dado que según el artículo 35 a) de la LIS los IMV únicamente vinculan en cuanto a la calificación.

Respecto a los informes tipos b) y c), que se emiten para su aportación a las consultas tributarias o a los acuerdos previos de valoración, el artículo 92 del REIMV establece que:

«[...] el importe de los gastos que pudieran constituir la base de la deducción estará condicionado a su realización y la necesaria identidad entre las cuantías presupuestadas consideradas en el informe como asociadas a las actividades de investigación y desarrollo o de innovación y las cuantías efectivamente cargadas o facturadas al proyecto, y deberán practicarse, en su caso, los ajustes correspondientes en la base de deducción».

De este precepto se extrae, por una parte, que incluso en el supuesto de IMV solicitados para la aportación a una consulta tributaria, se va a hacer referencia a las cantidades presupuestadas como gastos y a su asociación con las actividades de investigación y desarrollo o innovación. Y, por otra, que en ambos casos los IMV que se solicitan para su aportación a una consulta tributaria o a un acuerdo previo de valoración se emiten *a priori* o *ex ante* por lo que su validez está condicionada a que los gastos ejecutados sean los mismos que se han considerado en el informe, debiendo practicarse los correspondientes ajustes en caso de que haya desviaciones. Resulta obvio que, también en este caso, los gastos que finalmente se ejecuten deben estar documentados y ajus-

tados a la normativa fiscal y que la Administración tributaria puede efectuar las correspondientes comprobaciones al respecto.

#### 4.1. LOS INFORMES MOTIVADOS VINCULANTES DE CONTENIDO Y EJECUCIÓN O DE SEGUIMIENTO

De acuerdo con la regulación legal y reglamentaria mencionada, el principal tipo de informe motivado vinculante está constituido por los informes tipo a), también denominados de «contenido y primera ejecución» o «informes de seguimiento», según se efectúen en el primer ejercicio del proyecto o en los sucesivos en los procedimientos de certificación desarrollados por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Se corresponden con los IMV autónomos, emitidos para ser vinculantes por sí mismos, sin que sean complementarios o auxiliares en la decisión adoptada en otros procedimientos tendentes a la clarificación de la interpretación.

Con independencia de que se trate de la primera anualidad, de una intermedia o de la final, se solicitan una vez finalizado el ejercicio en que se ha generado el derecho a la deducción y antes de que finalice el plazo para la presentación del impuesto sobre sociedades del mismo. Conviene tener en cuenta que en el supuesto de la primera anualidad el certificado no se refiere únicamente a la calificación de las actividades como investigación sino que también se revisan los gastos incurridos en la misma. En las sucesivas anualidades, además de efectuarse un seguimiento de los gastos ejecutados, y de las desviaciones producidas respecto al presupuesto inicial, también se revisa el proyecto global y la planificación y presupuesto de las tareas pendientes.

Para la tramitación de los informes motivados vinculantes el artículo 5.3 del REIMV exige, salvo acotadas excepciones, un informe técnico respecto a la calificación de las actividades e identificación de los gastos e inversiones asociadas a investigación y desarrollo o innovación por una entidad acreditada por ENAC (las entidades de certificación).

Respecto a los proyectos que hayan dado lugar a una patente o modelo de utilidad o en los que se haya obtenido un informe tecnológico, se debe convenir la realización de una parte del mismo por la OEPM y el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad debe comprobar que se ha producido la colaboración en la elaboración del informe técnico (art. 5.4 REIMV). La exigencia de colaboración de la OEPM en la emisión del informe técnico, que igual se requiere sea expedido por una entidad certificadora, puede plantear algunas dudas. En primer lugar, se encontrará con dificultades temporales para su aplicación dado que la patente o el modelo de utilidad se solicitarán habitualmente a la finalización del proyecto, en función de sus resultados, por lo que probablemente no se habrá obtenido cuando se solicite el informe técnico. Además, las patentes o los modelos de utilidad pueden verse referidos únicamente a aspectos parciales, incluso accesorios o indirectamente relacionados con el proyecto, y la exigencia de que la OEPM convenga con la entidad certificadora la realización de una parte del informe puede resultar justificada cuando la patente o el modelo de utilidad se refiera a los resultados esenciales del proyecto pero no tanto cuando afecte a un aspecto circunstancial; supuesto en el

que la necesaria colaboración entre OEPM y la entidad certificadora puede limitarse a implicar un retraso en el plazo en el que habitualmente se obligan las entidades certificadoras a expedir los informes. Además, las entidades certificadoras deben contar con colaboradores expertos en los distintos campos científicos y tecnológicos en cuyo criterio se apoyan para calificar las actividades. ¿Qué ocurre si el criterio del experto contratado por la entidad certificadora para expedir el informe no coincide con el de la OEPM? ¿Se reflejan los criterios de los dos en el informe o debe consensuarse un criterio común que será el que recogerá el informe y que, finalmente, puede no ser aceptado por el criterio definitivo del órgano competente para emitir el informe motivado vinculante?

La opción de permitir solicitar el informe motivado vinculante sin aportar el informe técnico en aquellos supuestos en que se hubiese obtenido una patente o un informe tecnológico seguramente se descartó teniendo en cuenta que el informe técnico también analiza los gastos ejecutados y se pronuncia en relación con la adecuación de los mismos y su relación con las actividades calificadas como investigación y desarrollo o como innovación. Y aunque es cierto que la adecuación de los gastos al proyecto va a constituir un elemento de juicio relevante para la propia calificación de la actividad, en función de la naturaleza y cuantía de los gastos efectuados para su ejecución, conviene insistir en que el IMV únicamente será vinculante en cuanto a la calificación de las actividades y no alcanzará al importe de los gastos e inversiones efectivamente incurridos, que debe estar ajustado a la normativa fiscal, aspecto cuya comprobación corresponde a la Administración tributaria. De hecho, dichos gastos son siempre comprobados y certificados por la entidad que emite el informe técnico pero habitualmente no se revisan en el momento de expedir el IMV, que refleja el importe considerado correcto por la entidad certificadora con la indicación de que dicho importe no ha sido revisado por la Dirección General de Innovación y Competitividad (actualmente Secretaría General de Ciencia e Innovación) que emite los IMV.

Pese a todo ello, si se estima que el certificado sobre la calificación del proyecto debe ser expedido previa valoración de los gastos en que se ha incurrido, aspecto que únicamente puede ser apreciado tras la ejecución del proyecto, sobre el que además no va a poder pronunciarse la OEPM, podría simplemente permitirse o incluso exigirse que se aportara el informe tecnológico o la concesión de la patente o el modelo de utilidad en el momento de solicitar el informe técnico para que tanto el experto de la entidad certificadora como el órgano competente para la emisión del informe motivado pudieran considerarlo como un elemento de juicio en su decisión.

El plazo máximo previsto para la expedición del IMV es de tres meses (art. 8.2 REIMV), inferior al de seis meses que habitualmente se prevé para otros procedimientos tributarios que permiten pronunciamientos vinculantes para la Administración tributaria, como el que se establece para la obtención de las consultas tributarias (art. 88.6 LGT), el procedimiento de acuerdos previos de valoración en materia de operaciones vinculadas (art. 25.4 RIS), el procedimiento de valoración previa de los gastos correspondientes a proyectos de investigación científica o de innovación tecnológica (art. 38 RIS) o los acuerdos previos de valoración o de calificación y valoración de rentas procedentes de determinados activos intangibles (art. 41.6 RIS). Este plazo inferior se fijó, con toda seguridad, para permitir que las empresas pudieran obtener el IMV con

anterioridad a la finalización del plazo para presentar la declaración del impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio en que se generan los gastos.

Sin embargo, los plazos reales difieren mucho de esta previsión reglamentaria. La solicitud se debe registrar, como se ha indicado, antes de que finalice el plazo de presentación del impuesto sobre sociedades del ejercicio en el que se ha generado el derecho a la deducción, aunque en no pocas ocasiones se tramita sin aportar los anexos exigidos por el REIMV y sin necesidad de haber contratado siquiera la elaboración del informe técnico<sup>14</sup>. Además, aunque se aporte toda la documentación exigida, las solicitudes quedan pendientes de revisión en un dilatado plazo en el que es posible aportar la documentación restante. Durante el mismo plazo, que llegó a ser superior al año<sup>15</sup>, las empresas reciben diversas comunicaciones sin plazo a través del sistema electrónico de tramitación recordándoles, de modo genérico, la información necesaria que deben completar si no lo han hecho ya. Finalmente reciben un requerimiento sujeto al plazo de 10 días previsto en el artículo 6 del REIMV y, actualmente, en el artículo 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas. Tras el transcurso del citado plazo el conjunto de solicitudes pasan a una fase de evaluación tras la cual se expiden los informes motivados vinculantes que se notifican electrónicamente a través de la aplicación de tramitación. Estos IMV pueden aceptar y reflejar la calificación de los gastos efectuada en el informe técnico de la entidad certificadora o modificarla. Y suelen reflejar el presupuesto reflejado por la entidad de certificación aunque indicando que no ha sido revisado. Aunque, como ya se ha insistido, respecto a los gastos, el IMV no va a tener, en ningún caso, carácter vinculante para la Administración tributaria.

Los referidos plazos de tramitación, aunque permitan a las empresas disponer de un mayor tiempo para la preparación de las memorias y anexos justificativos que acompañan a la solicitud, acaban traduciéndose en un importante perjuicio. En primer lugar, porque en el ejercicio en que se incurre en los gastos que generan la deducción las entidades no disponen del IMV y es posible que ni siquiera hayan obtenido el informe técnico de la entidad de certificación cuando presentan la declaración del impuesto sobre sociedades, con lo que deben optar entre aplicar la deducción sin contar con garantías de que la calificación que ellos atribuyen al proyecto vaya a ser la finalmente aceptada por el IMV, o esperar al primer ejercicio en que dispongan del IMV para aplicarla. Circunstancia que se ha agravado a partir del ejercicio 2013<sup>16</sup> en el que es posible, en casos de insuficiencia de cuota, aplicar la deducción sin el límite en la cuota previsto con carácter general por el artículo 39.1 de la LIS, con una reducción del 20% de su importe

<sup>14</sup> La aplicación electrónica de solicitud exige que se seleccione una de las diversas entidades de certificación, aunque permite modificar la elección de la misma posteriormente.

<sup>15</sup> Aunque está reduciéndose desde el ejercicio 2013, de modo que para los gastos del ejercicio 2014 el plazo se centró en abril de 2016 y para el ejercicio 2015 el plazo se cerró en enero de 2017.

<sup>16</sup> En concreto, en virtud del cambio introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, con efectos para periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2013.

o la solicitud de su abono, en el supuesto de que la cuota completa tampoco permita aplicar la deducción generada. Como veremos, para la aplicación sin límites o abono se exigen diversos requisitos de entre los que resultan relevantes, a los efectos que estamos analizando, en primer lugar, que transcurra, al menos, un año desde la finalización del periodo impositivo en que se generó la deducción, sin que la misma haya sido objeto de aplicación. Y, en segundo lugar, que la entidad haya obtenido un informe motivado sobre la calificación de la actividad como investigación y desarrollo o innovación tecnológica o un acuerdo previo de valoración de los gastos e inversiones correspondientes a dichas actividades.

En el supuesto de la aplicación de la deducción sujeta al régimen general, la entidad puede aplicar igualmente la deducción dado que el IMV no es un requisito. Puede tener incluso la relativa seguridad de la calificación que le ofrece el informe técnico de la entidad certificadora si ya dispone de él que, en todo caso, excluiría la aplicación de sanciones en el supuesto de una futura comprobación por parte de la Administración. O puede optar por aplicar la deducción considerando todo el gasto como innovación tecnológica, teniendo en cuenta que la mayor parte de las modificaciones que se efectúan en los IMV en relación con los informes técnicos previos consisten en cambios de calificación entre los gastos de investigación y desarrollo y los de innovación tecnológica. Y deducirse la diferencia una vez obtenga el IMV con la calificación de investigación y desarrollo.

Sin embargo, en el supuesto de la aplicación de la deducción sin límites y de la eventual solicitud del abono, el IMV es un requisito por lo que el retraso en la expedición, cuando se supera el plazo de presentación de la declaración del ejercicio siguiente a aquel en que se haya generado el derecho a la deducción, impide el ejercicio del derecho concedido por el artículo 39.2 de la LIS de optar por aplicar la deducción sin límite o pedir la devolución con la reducción del 20% de su importe, al menos en el primer ejercicio en que ello es posible. De ser así, no únicamente se generarán perjuicios consistentes en la dilación durante un año en la obtención de la devolución sino que, además, se retrasará en idéntico periodo de tiempo la obligación de mantenimiento de la plantilla media de la empresa o, alternativamente, de la plantilla adscrita a actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica a la que está condicionada la aplicación de la deducción sin límite o la solicitud del abono, según el artículo 39.2 b) de la LIS. Obligación que se extiende desde la finalización del plazo del ejercicio en que se genere el derecho a la deducción hasta la conclusión del plazo de los 24 meses siguientes al ejercicio en cuya declaración se realice la correspondiente aplicación o solicitud de abono<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Una alternativa para que no se produjeran estos perjuicios sería la de solicitar una rectificación de la declaración del primer ejercicio en el que pueda solicitarse la aplicación sin límites o, en su caso, el abono (el ejercicio siguiente a aquel en que se han generado los gastos) una vez obtenido el informe, si cuando se obtiene el mismo el plazo para presentar la declaración ya ha finalizado. Frente a las dudas que pudieran suscitarse respecto a la aplicación en este caso del artículo 119 de la LGT en virtud del cual «las opciones que según la normativa tributaria se deban ejercitar, solicitar o renunciar con la presentación de una declaración no podrán rectificarse con posterioridad a ese momento, salvo que la rectificación se presente en el periodo reglamentario de declaración», la Consulta V3281/2016, de 13 de julio (NFC061473), ha entendido que sí que es posible solicitar la rectificación de la autoliquidación.

Puede pensarse que en el plazo de un año desde la presentación de la solicitud se habrá podido expedir sin dificultad el IMV e incluso que el establecimiento del plazo de carencia hasta cuya finalización no puede solicitarse el abono puede estar relacionada con la exigencia del citado informe y con la necesidad de establecer un régimen para la aplicación de la deducción sin límites y, en su caso, el abono en el que los requisitos exigidos sean de posible cumplimiento. Sin embargo, en el primer ejercicio en el que entró en vigor la modificación efectuada al entonces vigente Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el texto refundido de la LIS (TRLIS) por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, los IMV no pudieron ser expedidos a tiempo para todas las empresas solicitantes, a pesar de que la Dirección General de Innovación del Ministerio de Economía y Competitividad pidió a los solicitantes que presentasen una declaración responsable en el supuesto de que fuesen a optar por la imputación sin límite o la devolución, a los efectos de priorizar la tramitación de los expedientes en los que así se indicase, como se desprende del supuesto a que se refiere la consulta vinculante (V3281/2016, de 13 de julio [NFC061473]). También se solicitó la declaración jurada en relación con los IMV relativos al ejercicio 2014, respecto al que, como se ha indicado, la posibilidad de presentar la documentación requerida se cerró en abril de 2016. Y en relación con el ejercicio 2015, la reducción del plazo para presentar la documentación obligatoria exigida en enero de 2017 concede a la Secretaría General de Ciencia e Innovación un plazo de cinco meses para poder revisar, evaluar los expedientes y emitir los IMV antes de julio de 2017<sup>18</sup>.

En todo caso, se trata de un plazo excesivo, muy superior al previsto reglamentariamente de tres meses que, en caso de cumplirse, permitiría incrementar la utilidad de los IMV, dado que sería posible obtenerlos con anterioridad a la finalización del plazo para la presentación de la declaración del impuesto. En relación con los informes motivados para la aplicación de las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social los plazos son mucho más reducidos y, aunque el número de informes de este tipo es considerablemente inferior, la experiencia en ese ámbito avala que el plazo de expedición puede ser reducido de forma considerable para ajustarse al previsto reglamentariamente.

#### 4.2. LOS INFORMES MOTIVADOS VINCULANTES *EX ANTE*

Dentro de esta categoría están comprendidos los tipos de informes motivados definidos en los modelos de solicitud electrónica del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad como tipo b) y tipo c).

En concreto, los IMV tipo b) se definen como «informes motivados *ex ante* (contenido), de calificación científico-tecnológica de las actividades de I+D y/o iT». Admite dos modalidades.

<sup>18</sup> De hecho, los informes correspondientes al ejercicio 2015 se están emitiendo en mayo/junio de 2017.

Los tipo b1), que se solicitan cuando el proyecto todavía no está iniciado, y los tipo b2), que se solicitan cuando el proyecto ya está iniciado.

En el primer caso pueden solicitarse hasta el inicio del proyecto y, en el segundo, desde la fecha del inicio del mismo hasta que finaliza el plazo reglamentario de presentación de la declaración del ejercicio en que se generan los gastos. Por tanto, aunque se trate de informes *ex ante* pueden ser solicitados una vez finalizado el ejercicio aunque siempre con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de la declaración, en aplicación del artículo 8.4 del REIMV.

Deben corresponderse con aquellos a los que se refieren los artículos 35.4 b) de la LIS y 2 b) del REIMV, requeridos para su aportación a las consultas. Sin embargo, la referencia a su finalidad ha desaparecido en la identificación del tipo de informe que se refleja en el modelo de solicitud que se facilita por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, mediante la aplicación informática que debe utilizarse para su tramitación.

En cuanto al plazo, según artículo 8.4 del REIMV, los informes motivados no pueden expedirse respecto a proyectos sobre los que se haya resuelto una consulta por lo que puede plantearse si tiene sentido su solicitud una vez finalizado el ejercicio, teniendo en cuenta que el plazo para resolver las consultas se extiende, según el artículo 88 de la LGT, hasta la finalización del plazo para el ejercicio de los derechos, la presentación de declaraciones o autoliquidaciones o el cumplimiento de otras obligaciones tributarias. Conviene considerar a estos efectos que las deducciones fiscales por I+D+i pueden aplicarse no solo en el ejercicio en el que se genera el derecho a la deducción sino también en los 18 ejercicios siguientes, por lo que el plazo para el ejercicio de los derechos concluye en ese momento y los IMV podrían ser solicitados incluso una vez finalizado el ejercicio para la aportación a una consulta, que podría plantearse o resolverse con posterioridad, aunque siempre respetando en relación con el IMV el límite consistente en la finalización del plazo voluntario del periodo impositivo a que afecten las actividades desarrolladas establecido en el mismo artículo 8.4 del REIMV.

Estos informes se emiten con la finalidad de ser aportados a una consulta por lo que pueden suscitarse dudas respecto a si son vinculantes de modo autónomo, para el órgano de gestión, o únicamente lo serán para el centro directivo que expide las consultas. La respuesta debiera ser la primera, dado que si pueden vincular en la calificación de las actividades ante la DGT, con competencia para interpretar con carácter vinculante, también debieran hacerlo ante los órganos de gestión. Sin embargo, las dudas se suscitan porque para los informes motivados autónomos el procedimiento de obtención de los informes motivados prevé un procedimiento distinto, que necesariamente debe iniciarse tras la realización de los gastos.

El artículo 35.4 de la LIS no exige que los informes motivados vinculantes autónomos y los destinados a ser aportados en las consultas vinculantes tuvieran un contenido distinto, dado que ambos se refieren únicamente a la calificación de las actividades. Sin embargo, como se ha indicado, el desarrollo reglamentario ha ampliado el contenido de los primeros, que no se limita a identificar los gastos relacionados con cada actividad sino que se expiden tras su ejecución, efec-

tuándose una verificación en el informe técnico de su adecuación y efectiva realización. Y también se ha acabado confundiendo la finalidad del informe con el momento de solicitud (*ex ante*), de modo que los IMV tipo b), que debieran ser aquellos relacionados con las consultas, se han acabado identificando con aquellos expedidos con carácter previo. La confusión se incrementa teniendo en cuenta que, por una parte, los IMV *ex ante* tipo b2) se pueden solicitar una vez iniciado el proyecto e, incluso, tras la finalización del ejercicio. Y, por otra, el propio Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, para aquellos proyectos en los que ha concedido subvenciones, expide informes motivados vinculantes *ex ante* tipo b) que no se utilizan para consultas sino para la interpretación y aplicación de la deducción de modo autónomo. Por tanto, entendemos que nada impide la obtención de un informe de contenido aportando un informe técnico de una entidad certificadora emitido antes de la completa ejecución de la primera anualidad, que permita calificar las actividades de un proyecto como investigación, desarrollo o innovación y que sea vinculante para el conjunto de las anualidades del proyecto, sin necesidad de obtener un pronunciamiento sobre los gastos en que se ha incurrido en la ejecución de cada anualidad, que no va a resultar vinculante para la Administración tributaria.

Relacionada con esta cuestión se plantea una segunda duda respecto a si en los informes tipo b) se hace referencia a la identificación de los gastos presupuestados y su imputación a las actividades calificadas como investigación, desarrollo e innovación. Para los informes que se obtienen para su aportación a consultas no resulta necesaria esta identificación e imputación. Sin embargo, el propio artículo 9 del REIMV hace referencia a la mención de las cuantías presupuestadas consideradas en el informe como asociadas a las actividades de investigación y desarrollo o de innovación en los informes *ex ante*, tanto tipo b) como tipo c).

También tienen la consideración de informes *ex ante* los calificados como tipo c). Según el artículo 2 del REIMV se trata de informes relativos tanto al cumplimiento de los requisitos científicos y tecnológicos, a los efectos de calificar las actividades del sujeto pasivo como investigación y desarrollo, o innovación tecnológica, así como para identificar los gastos e inversiones que puedan ser imputados a dichas actividades, con el objeto de ser aportados para la adopción de los acuerdos previos de valoración. La referencia a la finalidad también ha desaparecido en este supuesto en los modelos de solicitud facilitados por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, que se limita a calificarlos como informes *ex ante* tipo c).

Según el artículo 8.4 del REIMV no pueden expedirse IMV respecto a proyectos sobre los que se haya resuelto el acuerdo previo de valoración. Los citados acuerdos deben solicitarse, según exige el artículo 30 del RIS, antes de efectuar los gastos, por lo que el IMV deberá necesariamente solicitarse y obtenerse antes de iniciar el proyecto. El tiempo necesario para obtener el informe y la referida restricción temporal va a reducir considerablemente la utilidad de este tipo de informes.

Por otra parte, y de nuevo por la exigencia de que el acuerdo previo de valoración se solicite antes de efectuar los gastos, sorprende que en los modelos de solicitud facilitados por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad se distinga entre los informes tipo c1), que se tramitan cuando el proyecto aún no ha comenzado; y los informes tipo c2), que se tramitan cuando

el proyecto está iniciado. Si se trata de informes que se solicitan para su aportación a un acuerdo previo de valoración no tiene excesivo sentido solicitarlo cuando el proyecto ya está iniciado, salvo que se pretenda alcanzar un acuerdo únicamente en relación con los gastos que todavía no hayan sido ejecutados en el momento de la solicitud.

De nuevo se plantea la duda de si un informe de este tipo vincula únicamente en caso de que se aporte a un acuerdo previo de valoración o también sería susceptible de vincular autónomamente en unas actuaciones de comprobación o inspección. Teniendo en cuenta que se expiden siguiendo un procedimiento similar en el que la única diferencia es el momento en que se emiten y considerando que el artículo 35.4 c) de la LIS señala expresamente que «dicho informe tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria exclusivamente en relación con la calificación de las actividades», dicho informe debiera tener también eficacia vinculante autónoma.

## 5. LOS INFORMES MOTIVADOS VINCULANTES DEL CDTI Y LOS DEMÁS INFORMES EXPEDIDOS *EX ANTE* SIN INFORME TÉCNICO

El artículo 4.2 del REIMV establece que la competencia para emitir informes motivados corresponderá al director general del CDTI, cuando se trate de proyectos que previamente hayan sido financiados como consecuencia de su presentación a cualquiera de las líneas de apoyo financiero a proyectos empresariales que gestiona dicho Centro<sup>19</sup>.

Por su parte, el artículo 4.3 del REIMV establece que cuando se trate de proyectos sobre eficiencia energética y el uso racional de la energía, así como de apoyo a la diversificación de las fuentes de abastecimiento y el impulso de la utilización de las energías renovables, la competencia para emitir tales informes motivados corresponderá al director general del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE). Sin embargo, no se ha hecho uso que sepamos de esta posibilidad y los informes respecto a estas materias los continúa expidiendo la Dirección General de Innovación y Competitividad del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (en la actualidad Secretaría General de Ciencia e Innovación).

Conviene reparar que hay significativas diferencias entre los informes motivados vinculantes que expide el director general del CDTI y los que pueda expedir en el futuro el director general del

<sup>19</sup> Esta competencia ya se le atribuía en la redacción inicial del REIMV aunque no se establecía ninguna excepción al procedimiento a seguir, es decir, se requería igualmente en estos casos la aportación de un informe técnico expedido por una entidad acreditada por ENAC. El Real Decreto 1554/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolló la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, estableció en su artículo 13.1 ñ) que correspondía a la Dirección General de Desarrollo Industrial el ejercicio de las funciones derivadas del REIMV, constituyéndose en el único órgano competente para la emisión de los informes motivados vinculantes para la Administración tributaria a partir de ese momento. Sin embargo, Real Decreto 2/2007, de 12 de enero, según se señala en su exposición de motivos «con el fin de incrementar la calidad de los mismos» reguló la participación de otros organismos en el proceso, estableciendo también modificaciones procedimentales a las que se hace referencia a continuación.

IDAE. En primer lugar, el CDTI únicamente emite IMV en relación con aquellos proyectos que financia mientras que al director general del IDAE se atribuye la competencia para expedir cualquier informe relativo a la eficiencia energética y el uso racional de la energía, así como de apoyo a la diversificación de las fuentes de abastecimiento y el impulso de la utilización de las energías renovables. Además, en segundo lugar, en relación con los informes del CDTI, el artículo 4.2 del REIMV exceptúa la necesidad de aportar un informe técnico por parte de una entidad acreditada por ENAC. Sin embargo en el supuesto del IDAE, al igual que ocurre con los que expide la Dirección General de Innovación y Competitividad (en la actualidad Secretaría General de Ciencia e Innovación) del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, el informe técnico únicamente estará exceptuado cuando se trate de proyectos financiados por los citados órganos o entidades en programas cuya convocatoria así se prevea en los términos establecidos en la Orden CIN/2212/2011, de 29 de julio, a la que nos referimos con posterioridad.

Por otra parte, recuérdese que también se prevé la participación de la Oficina Española de Patentes y Marcas, en colaboración con la Dirección General de Desarrollo Industrial (en la actualidad Secretaría General de Ciencia e Innovación) y a través de las entidades acreditadas para emitir informes técnicos.

Como se acaba de señalar, el propio artículo 4.2 del REIMV establece una importante excepción procedimental en los supuestos de IMV emitidos por el CDTI. En estos casos, no será necesaria la aportación del informe técnico a que se refiere el apartado 3 del artículo 5 de este real decreto. Es lógico, dado que los técnicos del CDTI han tenido que evaluar y calificar el proyecto como investigación y desarrollo para la concesión del apoyo financiero en relación con el cual va a emitirse el informe motivado.

Sin embargo, no es la única excepción procedimental. Resulta destacable, en este sentido, que el CDTI no distinga entre informes motivados a), b) y c), cuya diferenciación debiera radicar en su distinta finalidad de entre las previstas en el artículo 35.4 de la LIS, según se trate de IMV autónomos –los del art. 35.4 a)–, para aportación a consultas –los del art. 35.4 b)– y para aportación a acuerdos previos de valoración –los del art. 35.4 c)– sino que emite un único informe motivado vinculante para todo el proyecto. Informe que, en cuanto a su contenido, y así se señala por el propio CDTI, puede ser asimilado a los informes de contenido o *ex ante*, dado que se certifica la calificación del proyecto como investigación o desarrollo y la coherencia del presupuesto presentado, pero no se verifica la ejecución de los gastos. Recuérdese que del artículo 9 del real decreto se desprende que los informes tipo a) se emiten por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (actualmente Ministerio de Industria, Economía y Competitividad y dentro de este Secretaría General de Ciencia e Innovación) tras la realización del gasto, mientras que los tipos b) y c) se expiden con anterioridad. Sin embargo, el CDTI decidió utilizar un procedimiento distinto, emitiendo todos los informes (tipos a), b) y c) con anterioridad a la ejecución del proyecto.

Circunstancia que ha suscitado no pocas dudas en relación con la eficacia de los informes del CDTI. La DGT ha entendido en diversas ocasiones (Consultas V1835/2012, de 20 de septiembre [NFC045423] o V3156/2013, de 24 de octubre [NFC049394]) que los informes del CDTI

son vinculantes en cuanto a la calificación de las actividades como investigación y desarrollo. E incluso en otra consulta posterior V1293/2014, de 14 de mayo [NFC051312], ha entendido que un informe motivado vinculante del CDTI es suficiente a los efectos de la aplicación del artículo 39.2 de la LIS que, como analizamos con posterioridad, permite la deducción sin límites en la cuota y, en su caso, el abono, con una reducción del 20%.

Al mismo tiempo, la DGT también ha aclarado que la realización de los gastos en que se ha incurrido en el proyecto deberá acreditarse por cualquier medio de prueba (Consulta V3156/2013, de 24 de octubre [NFC049394]). Concretamente señala la DGT que la cuantificación de la base de la deducción por actividades de investigación, desarrollo deberá realizarse con arreglo a lo dispuesto en la LIS «sin que, en ningún caso, la cuantificación de la base de la deducción que conste en el informe emitido por el CDTI tenga carácter vinculante para la Administración tributaria».

Aunque se trata de una consulta emitida en relación con un informe del CDTI las conclusiones son generales y predicables respecto a cualquier informe motivado dado que no se apoya en que se trate de un informe *ex ante* sino en la dicción literal del artículo 35.4 a) de la LIS. En concreto, señala la DGT que «[...] en virtud de lo dispuesto en el artículo 35.4 a) del TRLIS, previamente transcrito, cualquier referencia a la delimitación de la base de deducción o a su cuantificación no constituye el objeto propio del informe motivado, por lo que no se extenderán a las mismas el carácter vinculante de tales informes».

Más aún, conviene considerar a estos efectos que el artículo 35.4 c) de la LIS, en relación con el único informe en el que pide que se identifiquen los gastos que puedan ser imputados a las actividades de I+D o de innovación tecnológica (el que se expide para su aportación a los acuerdos previos de valoración), señala expresamente que «tendrá carácter vinculante para la Administración tributaria exclusivamente en relación con la calificación de las actividades». Y que el artículo 9 del REIMV, en relación con los informes tipo a) de ejecución y contenido, que se expiden tras la ejecución de cada anualidad y previo informe técnico en el que se verifican la ejecución del gasto, las desviaciones presupuestarias y se efectúa una auditoría económica al respecto, señala que «el importe de los gastos e inversiones efectivamente incurridos en actividades de investigación y desarrollo o innovación, que pudieran constituir la base de la deducción, deberá, en todo caso, estar debidamente documentado y ajustado a la normativa fiscal vigente, y corresponderá a los órganos competentes de la Administración tributaria la inspección y control de estos extremos». En definitiva, la validación de la imputación y justificación del gasto en que se ha incurrido en la ejecución del proyecto corresponde siempre a la Administración tributaria y el informe motivado no resulta vinculante a este respecto.

Llegados a este punto puede entenderse que la DGT haya señalado reiteradamente que los informes del CDTI tienen efectos vinculantes y cabe incluso preguntarse si, atendiendo a las escasas diferencias en cuanto a sus efectos, está justificada la complejidad y los costes del procedimiento utilizado para emitir los informes de seguimiento tras cada anualidad, que implican obtener un informe técnico de una entidad de certificación y tramitar una solicitud distinta ante el Minis-

terio de Economía, Industria y Competitividad por cada uno de los años del proyecto. Todo ello para que la AEAT se vea vinculada únicamente en cuanto a la calificación de las actividades con investigación, desarrollo e innovación, que se ofrece en la primera anualidad.

Hay que reconocer que entre los informes emitidos *ex ante* y los emitidos con posterioridad existe una importante diferencia en cuanto a su posible utilización como elemento probatorio de la realización de los gastos. La propia DGT, en la contestación a la consulta que estamos comentando, V2698/2013, de 10 de septiembre (NFC045423), indica que «la cuantificación de la base de la deducción es una cuestión de hecho que deberá ser probada, por cualquiera de los medio de prueba generalmente admitidos en Derecho, ante los órganos competentes en materia de comprobación de la Administración tributaria».

Puede resultar ilustrativa a este respecto la jurisprudencia dictada en relación con proyectos en los que no se había emitido un IMV, pero sí se habían concedido subvenciones en las que se calificaban dichos proyectos como I+D. Entre ellas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2014, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina (rec. núm. 843/2012 [NFJ053472]), se entendió que la «concesión de una subvención no determina con carácter vinculante la calificación pero se invierte la carga de la prueba y debe ser la Administración la que acredite que no se trata de investigación, desarrollo o innovación tecnológica. Además, esta prueba debe necesariamente requerir de expertos que desvirtúen la calificación de I+D otorgada en el expediente de concesión de subvenciones. Por tanto, la regularización solo puede basarse en un informe técnico, a cargo de la Administración que acredite que no nos encontramos ante una actividad de investigación o desarrollo, en el sentido marcado por la ley, siendo entonces cuando el sujeto pasivo ha de desvirtuar su contenido». En definitiva sin ese informe técnico, ni la inspección, ni el órgano revisor pueden determinar si los proyectos cumplen los requisitos para el disfrute de la deducción. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de junio de 2013 (rec. núm. 221/2016 [NFJ051746]) también ha entendido que un informe de una entidad certificadora tiene la misma virtualidad y exige que la Administración tributaria desvirtúe dicha calificación con un informe de adverso, que puede ser emitido por técnicos informáticos de la propia Administración tributaria, cuando se trata de proyectos en este campo científico.

Citamos estas sentencias porque en los supuestos a que se refieren se ha entendido reiteradamente por la jurisprudencia Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2015 (rec. núm. 473/2012 [NFJ062191]) o Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012 (rec. núm. 4724/2009 [NFJ049246]) que una vez se ha aceptado la calificación del proyecto como I+D o como innovación tecnológica, la carga de la prueba de los gastos incurridos corresponde a la empresa, no bastando la «mera contabilidad del gasto», siendo necesario que la empresa acredite la realidad del gasto efectuado en relación con cada proyecto.

Lo mismo ocurrirá cuando se disponga de un IMV aunque con una diferencia a efectos probatorios. Cuando se trata de una subvención, será de utilidad la cuenta justificativa y la documentación presentada para justificar la correcta ejecución del proyecto financiado. Existe un control *a posteriori* tras la ejecución del proyecto que, aunque efectuado a otros efectos (la justificación

de la subvención) puede resultar útil al permitir que la empresa disponga de elementos probatorios. Por su parte, cuando se trata de informes tipo a) expedidos por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, una vez ejecutada una anualidad y tras la auditoría económica y la revisión sobre las evidencias de la ejecución y sobre los gastos que se han imputado a cada una de las actividades, resultará muy útil a efectos probatorios tanto el informe motivado como el informe técnico expedido por la entidad acreditada en el que expertos externos se pronuncian sobre la imputación de los gastos a cada actividad y de un auditor que revisa económicamente la ejecución. Este control de seguimiento exige al solicitante preparar la documentación acreditativa al tiempo que le permiten disponer de una opinión de terceros respecto a la justificación de la necesidad del gasto para el proyecto, a las evidencias de realización de las actividades y a su adecuada justificación. Puede incluso resultar más útil a los referidos efectos probatorios el informe técnico de seguimiento que la cuenta justificativa de la subvención, en el caso de informes del CDTI o de los informes *ex ante* que, como veremos a continuación, expide el propio Ministerio de Economía, Industria y Competitividad en expedientes de subvenciones, dado que en los informes motivados vinculantes de ejecución la valoración del proyecto se efectúa de acuerdo con la norma fiscal, mientras que en el informe final que se emite tras la presentación de una cuenta justificativa, la valoración se efectúa en relación con la adecuación a las bases y convocatoria de la subvención y a la Ley general de subvenciones y normativa de desarrollo. Pero, conviene insistir en que en relación con los gastos imputados y las inversiones realizadas, la interpretación de la normativa tributaria y la valoración de la adecuación de los justificantes presentados corresponde a la Administración tributaria, por lo que la referencia respecto a los gastos ejecutados que se contiene en los informes motivados no va a vincular a la AEAT<sup>20</sup>.

El asunto resulta todavía un poco más complejo dado que tras la modificación del artículo 5.3 del REIMV se permite que por orden del ministerio competente para expedir los IMV se pueda excepcionar la exigencia de informe técnico emitido por entidad acreditada. Hubo que esperar a la Orden CIN/2212/2011, de 29 de julio, cuyo artículo 2 establece que los beneficiarios de ayudas y proyectos de investigación convocados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (actualmente Ministerio de Economía, Industria y Competitividad) o por otros ministerios u organismos con los que se haya firmado un convenio al respecto, cuando así lo prevean las convocatorias o las resoluciones de concesión, podrán solicitar la emisión de los informes motivados previstos en el artículo 2 del REIMV, sin necesidad de recabar el informe técnico emitido por una entidad acreditada por la ENAC. Y el artículo 3 de esta orden establece que el procedimiento consiste en que, «a instancias del solicitante que haya obtenido finalmente ayuda y sin coste alguno para él, el órgano competente para resolver la convocatoria remitirá al órgano competente para emitir, con carácter general, los informes motivados su calificación del proyecto evalua-

<sup>20</sup> No únicamente no resulta vinculante sino que, en ocasiones, pueden producirse interpretaciones dispares en la valoración de los gastos que se efectúa por parte del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad respecto a los que estima la Administración tributaria. Un ejemplo lo tenemos en las dietas por gastos de desplazamientos que según la Consulta V1892/2013, de 7 de junio (NFC048057), son deducibles mientras que no es inusual que en los informes técnicos de las entidades certificadoras y en los IMV sean excluidos del importe certificado.

do o la acreditación referida respecto al personal investigador. En este caso, el beneficiario de la ayuda no tendrá que solicitar el informe motivado al órgano competente para su emisión». Estos informes se emiten sin comprobar la ejecución del proyecto, basándose en la calificación de las actividades efectuada en el expediente de concesión de la subvención, e indica el artículo 3.2 de la orden que comentamos que «el órgano competente para la emisión, con carácter general, de los informes motivados emitirá el que corresponda de los previstos el artículo 2 del REIMV, aportando una calificación global o detallada, dependiendo de cada caso». Es decir, que se emitirá un informe tipo a) (autónomo), tipo b) (para su aportación a consultas) o tipo c) para su aportación a un acuerdo previo de valoración.

El artículo 5 de esta orden también establece que los «impresos y la documentación necesaria para solicitar los informes motivados serán los que en el momento de la solicitud se encuentren publicados en la sede electrónica del Ministerio de Ciencia e Innovación (<<https://sede.micinn.gob.es>>»). Inicialmente los impresos se fijaron como anexo en el REIMV y en el tipo de solicitud se debía indicar si el informe que se solicitaba era de los del artículo 35.4 a), b) o c) de la LIS. La disposición final primera habilitaba al ministro de Ciencia y Tecnología para modificar por orden el contenido de los anexos y así se hizo mediante Orden ITC/1469/2007, de 18 de mayo, en la que, entre otros cambios, añadió la referencia al tipo de IMV d) para la práctica de bonificaciones sociales. Pero la Orden CIN/2212/2011, de 29 de julio, ha ido mucho más lejos; excesivamente lejos a mi juicio, y permite que los impresos se modifiquen publicando unos nuevos en la sede electrónica del ministerio<sup>21</sup>. La publicación de una orden ministerial exigida por la disposición final primera del REIMV requiere de unos trámites diferentes a la publicación de un impreso en una sede electrónica, que creemos no pueden ser obviados mediante esta remisión a la sede electrónica.

Entre las modificaciones efectuadas la más destacada ha consistido en la eliminación de la vinculación entre los tipos de informes a), b) y c) y las finalidades del artículo 35.4 de la LIS. Y, además, en las instrucciones que se ofrecen para la obtención de los IMV en programas de subvenciones del propio Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, como INNPACTO o Retos Colaboración, en los que no se requiere aportar informe técnico, se indica expresamente que el informe que debe solicitarse en estos casos es siempre el de tipo b).

Entendemos que no se está limitando la posibilidad de obtener un IMV sin informe técnico única y exclusivamente para su aportación a una solicitud de consulta tributaria sino que se califica como un informe tipo b) por la exclusiva razón de que se expide *ex ante*. De lo contrario, se incumpliría con el artículo 3.2 de la Orden CIN/2212/2011, de 29 de julio, que permite al solicitante obtener, en estos supuestos de IMV que se tramitan sin informe técnico, un informe de cualquiera de los tipos del artículo 2 del REIMV.

<sup>21</sup> Actualmente estos impresos son las pantallas de la propia aplicación informática que necesariamente debe utilizarse para su gestión.

También resulta desconcertante el artículo 4 de la Orden CIN/2212/2011, de 29 de julio, cuando regula la relación entre informes motivados vinculantes y establece que:

«Puesto que el informe motivado previsto en el párrafo a) del artículo 2 del REIMV, se emite después de haberse realizado la actividad de investigación y desarrollo o innovación tecnológica, los informes motivados previstos en sus párrafos b) o c) emitidos respecto a un determinado proyecto no serán vinculantes a efectos de la emisión del informe motivado del párrafo a) sobre el mismo proyecto».

Conviene recordar que el artículo 2 del REIMV relaciona cada tipo de informe con la finalidad para la que se solicitan, en coherencia con los apartados del artículo 35.4 de la LIS. En consecuencia, el artículo 4 de la Orden CIN/2212/2011, que estamos comentando, literalmente interpretado, significa que si un sujeto solicita un informe para aportarlo a una consulta o a un acuerdo previo de valoración y solicita uno nuevo autónomo, tras la ejecución del proyecto, la calificación de la actividad como I+D o como iT otorgada en el primero no vincularía en el momento de concesión del segundo. Lo normal es que si el informe es favorable, se haya aportado a la consulta o al procedimiento para la obtención del acuerdo previo de valoración. Y si no lo es, parece lógico permitir al contribuyente que, tras la ejecución del proyecto y a la vista de tareas realizadas y descritas, pueda tratar de obtener una nueva calificación tipo a) con eficacia vinculante autónoma.

Sin embargo, creo que este artículo pretende ir más allá y ofrecer una solución al problema planteado en los supuestos en que, ante las dudas acerca de si los informes motivados del CDTI expedidos *ex ante* tienen distinta eficacia que los informes motivados tipo a) expedidos por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, mediante la aportación de un informe técnico de seguimiento relativo a cada una de las anualidades del proyecto, algunos contribuyentes solicitaron un IMV tipo a) al ministerio, en los que no únicamente se efectuó un seguimiento del proyecto sino que se concedió una calificación distinta a la ofrecida por el CDTI. Normalmente, mediante una recalificación de las actividades, que para el CDTI recibían la consideración de desarrollo mientras que para el Ministerio de Economía, Industria y Comercio debían ser consideradas como innovación tecnológica.

Entendemos que si los informes motivados únicamente son vinculantes a los efectos de la calificación de la actividad como I+D o como iT, salvo que las actividades ejecutadas sean distintas a las presupuestadas hasta el punto de alterar el contenido del proyecto, no debiera resultar admisible esta especie de *reformatio in peius* en la calificación en el supuesto de que se solicite un informe de ejecución, una vez se dispone de un informe de contenido. Es más, por la misma lógica también podría ocurrir que, como consecuencia del sistema articulado para la expedición de IMV tipo a), en el que primero se obtiene un informe inicial de contenido y primera ejecución y sucesivos informes de ejecución, en el informe de la segunda o sucesivas anualidades se rectificase la calificación otorgada respecto a las actividades a ejecutar en esa anualidad, en el informe de contenido emitido en la primera anualidad lo que, a mi juicio, tampoco resultaría razonable, salvo que las actividades ejecutadas fuesen de distinta naturaleza a las previstas inicialmente. Lo

que no resulta, en suma, admisible, es que como consecuencia del cambio de experto que emite el informe técnico o el informe motivado, se considere que la calificación inicial era correcta y se rectifique en perjuicio del contribuyente, sin que la modificación en la calificación esté justificada en que el proyecto ejecutado sea de distinta naturaleza al inicialmente proyectado y presupuestado. O, dicho en otros términos, si la LIS, para conseguir seguridad en la aplicación de las deducciones por IMV, concede a un organismo que cuenta con expertos adecuados la posibilidad de calificar las actividades de modo que la AEAT no puede cuestionar dicha calificación, tampoco debería poder hacerlo otro organismo con expertos técnicos distintos con ocasión de un seguimiento de control de la ejecución.

En realidad lo que está haciendo el precepto es regular una jerarquía entre informes vinculantes. La preferencia por los informes motivados tipo a) también se refleja en la disposición adicional única de la Orden CIN/2212/2011, de 29 de julio, en la que señala que:

«El Ministerio de Ciencia e Innovación promoverá la colaboración entre los órganos competentes para la emisión de informes motivados y las entidades de certificación, en lo que respecta al informe técnico, en los casos en los que los solicitantes, habiendo recibido un informe motivado de los previstos en los párrafos b) o c) del artículo 2 del REIMV, quisieran posteriormente solicitar un informe motivado de los previstos en su párrafo a)».

De nuevo, teniendo en cuenta el reducido número de IMV que se solicitan para su aportación a consultas o a acuerdos previos vinculantes, el precepto parece orientado a promover que se obtengan IMV de seguimiento cuando se dispone de informes *ex ante*, cualquiera que sea su finalidad.

En definitiva, la Orden CIN/2212/2011, de 29 de diciembre, parece clasificar los IMV en función del momento de su expedición, prescindiendo de su finalidad. Y, además, parece aceptar con resignación la expedición de informes motivados de contenido o *ex ante*, considerándolos como informes «menores» al tiempo que muestra preferencia por el sistema tradicional de informes emitidos tras la ejecución de cada anualidad.

Y llegado a este punto podemos cuestionarnos de nuevo acerca de la conveniencia de un sistema en el que, con carácter general, se emite el IMV para cada anualidad tras la verificación de los gastos en que se ha incurrido si, finalmente, el IMV únicamente va a ser vinculante en cuanto a la calificación de la actividad como investigación, desarrollo o investigación. Se trata de un modelo muy meticuloso o minucioso pero también muy costoso. Para los contribuyentes, porque cada año han de obtener el informe de seguimiento y reiterar la solicitud del IMV. Y para el propio ministerio, que cada año debe revisar y expedir un IMV en el que, a pesar de pronunciarse sobre eventuales desviaciones respecto al presupuesto inicial, se efectúa o se puede efectuar una revisión de los distintos tipos de gastos que no van a vincular a la Administración tributaria.

El sistema tiene una importante virtud, consistente en el valor probatorio que, en relación con los gastos, aportan los informes técnicos de las entidades acreditadas, emitidos en cada

anualidad. Las citadas entidades, unas más que otras, sí que expiden estos informes técnicos con rapidez o diligencia. Y el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad no siempre se pronuncia respecto a los gastos sino que en la mayor parte de las ocasiones se limita a aceptar la revisión de gastos efectuada por la entidad certificadora. Por tanto, un modelo que podría resultar suficiente consistiría en que el Ministerio de Economía y Competitividad revisase la calificación concedida a los proyectos en la primera anualidad del proyecto, sin perjuicio de que los contribuyentes pudiesen certificar, a efectos probatorios, cada una de las anualidades, a través de las entidades certificadoras.

## 6. EL INFORME MOTIVADO VINCULANTE PARA LA DEDUCCIÓN SIN LÍMITE Y EL ABONO (CASH BACK)

Como es sabido, desde el año 2013<sup>22</sup> y en la línea de otros países de la OCDE como Francia, Reino Unido, Irlanda y Canadá, en España es posible practicar la deducción sin sujeción al límite general establecido en el artículo 39.1 de la LIS<sup>23</sup> y, en su caso, cuando no sea posible su aplicación, obtener el abono de su importe; en ambos casos, con una reducción del 20% del importe de la deducción aplicable.

Para la aplicación de esta deducción sin límite y, en su caso, la solicitud del abono, se exige el cumplimiento de determinados requisitos adicionales. Entre ellos, la entidad debe haber obtenido un informe motivado sobre la calificación de la actividad como investigación y desarrollo o innovación tecnológica o un acuerdo previo de valoración de los gastos e inversiones correspondientes a dichas actividades.

A este respecto, el artículo 39.2 de la LIS indica que se debe contar con un informe motivado vinculante, sin concretar el tipo de este informe, por lo que se suscita la duda de si cualquier informe motivado vinculante es adecuado a estos efectos. La Consulta de la DGT V0999/2015, de 27 de marzo (NFC054290), que ya hemos citado con anterioridad, considera que un informe *ex ante* expedido por el CDTI, sin verificar el seguimiento de cada anualidad, es suficiente. También deberían serlo, en coherencia, los informes motivados vinculantes *ex ante* que expida el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad en relación con las convocatorias de subvenciones gestionadas por este organismo, en las que se reconoce esta posibilidad. Y, en coherencia con lo anterior, en los proyectos plurianuales, el informe motivado que expida el Ministerio de Economía, Industria y

<sup>22</sup> En concreto, en virtud del cambio introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, con efectos para periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2013.

<sup>23</sup> Del 25% de la cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición internacional y las bonificaciones, cantidad que se eleva al 50% cuando el importe de la deducción por I+D+i exceda del 10% de la citada cuota íntegra, minorada.

Competitividad con ocasión de la primera anualidad, que califica las actividades de I+D+i para el conjunto del proyecto, debiera ser adecuado y suficiente a estos efectos.

Sin embargo, la Consulta V3281/2016, de 13 de julio (NFC061473), entiende que el requisito establecido en la letra d) del artículo 39.2 de la LIS se entenderá cumplido mediante la obtención de un «informe motivado que califique la actividad realizada como una actividad de I+D, siempre que el proyecto no sufra desviaciones técnicas en su desarrollo y se certifique dicha ausencia de desviación» aspectos que, según la citada consulta deben acreditarse «mediante los informes motivados de seguimiento». La DGT establece también en esta resolución una diferencia entre los efectos de los distintos IMV en función del procedimiento de concesión, exigiendo que para la aplicación de la deducción sin límites y la solicitud de abono, se aporte un informe de seguimiento; exigencia que supone a mi juicio una extralimitación en relación con los requisitos expresamente previstos en la LIS, que únicamente requieren un informe motivado vinculante. Además, se plantea la duda de si el informe de seguimiento únicamente será necesario cuando se trate de las sucesivas anualidades de un informe tipo a) expedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, o también lo será respecto a los informes motivados *ex ante* expedidos por el CDTI o por el propio ministerio en los programas de subvención de los que conocen. Vemos, por tanto, que la diferencia en cuanto a los efectos jurídicos de los informes en función del procedimiento de concesión y de que para su emisión se hayan revisado los gastos incurridos se está consolidando, a pesar de que no se encuentra justificada en atención al régimen previsto en la ley, según el cual los informes únicamente vinculan respecto a la calificación de las actividades pero no lo hacen en cuanto a los gastos ejecutados.

## 7. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN EN EL *PATENT BOX*

Aunque la principal medida para incentivar la innovación consiste en la deducción en la cuota que recae sobre los gastos e inversiones de las empresas, desde 2008 nuestro ordenamiento también cuenta con una medida de *output* que incentiva los ingresos obtenidos mediante la explotación indirecta de la tecnología general. En concreto, el conocido como *patent box*, consistente en una exención parcial de los ingresos obtenidos mediante la cesión del uso y actualmente también mediante la venta de la propiedad industrial generada por la empresa en forma de patentes, modelos de utilidad, *know how* u otros activos inmateriales similares.

La aplicación del régimen del *patent box* fue, al igual que ocurrió con la aplicación de la deducción por I+D+i, muy tímida los primeros años de su existencia, en buena medida debido a la inseguridad interpretativa que implicaba. Para remediarlo, la Ley de fomento de los emprendedores introdujo en 2013 medidas para favorecer la seguridad jurídica que continúan reflejadas en los apartados 6 y 7 del actual artículo 23 de la LIS.

En concreto, el apartado 6 prevé la posibilidad de formular un acuerdo previo de valoración de los ingresos procedentes de la cesión de los activos y de los gastos asociados, así como

de las rentas generadas en la transmisión. Dicha solicitud se acompañará de una propuesta de valoración, que se fundamentará en el valor de mercado aunque podrá entenderse desestimada una vez transcurrido el plazo de resolución. Por su parte, el apartado 7 permite que, con carácter previo a la realización de las operaciones, el contribuyente solicite a la Administración tributaria un acuerdo previo de calificación de los activos como pertenecientes a alguna de las categorías que permiten la reducción y de valoración en relación con los ingresos procedentes de la cesión de aquellos y de los gastos asociados, así como de las rentas generadas en la transmisión; solicitud que se acompañará también de una propuesta de valoración. En este caso, no únicamente se solicita la valoración de las rentas sino también la calificación, aunque en lugar de la vía de las consultas, se utiliza la fórmula del acuerdo previo de calificación y se vincula la calificación con la valoración de ingresos y gastos.

Los efectos del silencio son desestimatorios, con lo que se sigue la pauta común para las consultas y para los acuerdos previos de valoración previstos en la LGT, al contrario de lo que ocurre con los acuerdos previos para la aplicación de la deducción por I+D+i, en los que el silencio tiene efectos positivos.

La principal diferencia entre el acuerdo previo de valoración y el de calificación y valoración consiste en que para el primero el órgano competente debe solicitar informe vinculante emitido por la DGT, en relación con la calificación de los activos. El órgano centralizado de la AEAT encargado de la interpretación administrativa es quien califica, también de forma centralizada, los activos sobre los que puede aplicarse el *patent box*. Y, al igual que ocurre respecto a la deducción por I+D, se prevé una colaboración con el ministerio competente en materia de ciencia y tecnología (actualmente Ministerio de Economía, Industria y Competitividad) aunque en el *patent box* únicamente en caso de estimarlo procedente, en forma de opinión no vinculante al respecto.

¿Implica este cambio una desconfianza o una marcha atrás respecto al régimen de los informes motivados vinculantes? Personalmente creo que las diferencias encuentran justificación en que, en relación con la calificación de un proyecto como investigación, desarrollo o innovación tecnológica, hace falta un conocimiento del estado del arte sobre un determinado campo científico, a los efectos de valorar la novedad del conocimiento, proceso o producto, que no se requiere para calificar un activo como uno de los inmovilizados intangibles que dan derecho a la reducción; sin perjuicio de que en ocasiones, la valoración de estos activos, cuando no estén documentados en forma de patentes (como ocurre con el *know how*) puede exigir de valoraciones técnicas que son accesorias y no esenciales.

Por otra parte, los contribuyentes pueden aportar la documentación que estimen conveniente tanto a la propuesta de acuerdo previo de valoración como a la propuesta de acuerdo previo de calificación. Entre esta documentación puede encontrarse un certificado expedido por una entidad como las acreditadas por ENAC para expedir los informes técnicos a los efectos de la obtención de informes motivados vinculantes que, con la participación de expertos técnicos y contables, informen sobre aspectos relacionados con la calificación o valoración de los activos.

## 8. CONSIDERACIONES FINALES

El sistema español de incentivos fiscales a las actividades de I+D+i se apoya en dos pilares fundamentales: la deducción en la cuota, que incentiva los gastos e inversiones, complementada por otros instrumentos como la bonificación en la cuota de la aportación empresarial a la Seguridad Social de los investigadores en exclusiva; y el *patent box*, que incentiva los ingresos generados mediante su explotación. Un aspecto destacable del diseño de los incentivos consiste en que se ha dado participación en la aplicación de los incentivos fiscales al ministerio responsable en ciencia y tecnología (en la actualidad Ministerio de Economía, Industria y Competitividad), que cuenta con competencia técnica para la calificación de las actividades como investigación, desarrollo e innovación, mediante la emisión de informes motivados vinculantes. Esta participación de departamentos ministeriales distintos al implicado en la aplicación de los tributos, que también se utiliza en otros ordenamientos, unida a las distintas mejoras que se han añadido sobre la regulación de las deducciones (como la ampliación de la deducción a las actividades de innovación tecnológica o el *cash back*, que permite obtener el abono del crédito fiscal por I+D+i que no puede aplicarse por insuficiencia de cuota, por citar las dos más destacadas), ha resultado esencial para que la deducción en la cuota por la realización de estas actividades se haya convertido en una fórmula de financiación habitual y estable de las empresas que las realizan, hasta el punto de convertirla en la principal partida del presupuesto de beneficios fiscales en el impuesto sobre sociedades<sup>24</sup>.

Sin desconocer, por tanto, la importancia de los informes motivados vinculantes, el presente estudio ha pretendido poner de relieve aspectos susceptibles de mejora. El principal de ellos consiste en la necesidad de clasificar las dudas que se suscitan en cuanto a los efectos de los distintos tipos de informes motivados vinculantes.

Según el régimen que se desprende de la LIS los informes motivados vinculantes debieran tener el mismo valor, vinculante exclusivamente en cuanto a la calificación de las actividades como investigación y desarrollo e innovación, pero no respecto a los gastos incurridos. La alusión a los informes motivados en los apartados a), b) y c) del artículo 35.4 de la LIS está exclusivamente conectada con la utilización que se hace de los informes, de modo que los del tipo a) se utilizan autónomamente, los tipo b) se aportan a una consulta y los tipo c) se utilizan en relación con un acuerdo previo de valoración. Estos últimos son los únicos que según la LIS deben identificar los gastos a los efectos de asociar cada uno de ellos con la correspondiente actividad y su respectiva calificación, aunque son, igual que los otros dos, exclusivamente vinculantes a efectos de la calificación de las actividades.

Sin embargo, en la regulación reglamentaria y en los procedimientos desarrollados para su expedición, se ha distinguido entre los informes de contenido y primera ejecución y los informes

---

<sup>24</sup> En la Memoria de beneficios fiscales que acompaña al presupuesto de 2016 supone, con un importe estimado en la recaudación de 2016 de 693,65 M euros, el 18,1 % de todos los incentivos fiscales relacionados con el impuesto sobre sociedades considerados en el presupuesto de beneficios fiscales.

de seguimiento, tipo a), que se expiden tras la verificación de los gastos incurridos en cada una de las anualidades y de las eventuales desviaciones. También se han previsto los informes *ex ante* que pueden ser expedidos por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad mediante aportación de un informe técnico cuando se solicitan antes de que esté finalizada la ejecución del proyecto. O por el CDTI, por el propio ministerio, en los expedientes de concesión de subvenciones en cuya convocatoria así se prevé, que se conceden *ex ante*, sin necesidad de aportar informe técnico y sin efectuar un seguimiento de la ejecución del proyecto. Informes que pueden ser utilizados para cualquiera de las tres finalidades mencionadas en el artículo 35.4 de la LIS.

Además, el desarrollo reglamentario también ha establecido una cierta jerarquía entre los informes motivados, permitiendo que un informe emitido tras la ejecución de los gastos pueda reconsiderar y modificar la calificación ofrecida en un informe *ex ante*, con lo que se generan incertidumbres en la calificación a través de un procedimiento cuya finalidad esencial es dirimir las. Se concede a expertos externos la posibilidad de calificar las actividades de modo indiscutible para la Administración tributaria, que es quien tiene la competencia para aplicar los tributos. Sin embargo, esta calificación no vincula a otros expertos externos, que pueden rectificar el criterio cuando revisan la ejecución de los gastos. Incertidumbres respecto al carácter vinculante de los informes emitidos *ex ante* que no están justificadas en la regulación legal, que atribuye idéntica naturaleza vinculante en cuanto a las actividades a todos ellos, que no exige que los informes tipo a) se pronuncien respecto a los gastos y que únicamente estará justificada si los gastos ejecutados difieren sustancialmente de los presupuestados, hasta el punto de modificar la naturaleza de las actividades proyectadas.

Por otra parte, y partiendo de que los informes motivados vinculantes únicamente lo son respecto a la calificación de las actividades y, en ningún caso, respecto a los gastos ejecutados, se ha diseñado un procedimiento costoso y complejo, que exige en los informes tipo a) expedidos por el ministerio mediante aportación de un informe técnico de una entidad certificadora, presentar un nuevo IMV para cada anualidad. Y aconseja, respecto a los IMV expedidos *ex ante*, reiterar la solicitud una vez ejecutada la anualidad, a pesar de que se corre el riesgo de que sea recalificada la actividad, en aras a obtener una opinión externa del seguimiento de los gastos que tendrá, como exclusivo efecto, la posibilidad de ser utilizada como elemento probatorio en la determinación de los gastos que pueden considerarse en la base de la deducción, cuya verificación es competencia exclusiva de la Agencia Tributaria. Este procedimiento tiene un coste económico para los contribuyentes y para la propia Administración y se traduce en un periodo de tiempo excesivo para la obtención del IMV relativo a cada una de las anualidades, restando eficacia a un sistema cuyo diseño pretendía permitir que los contribuyentes obtuviesen un pronunciamiento previo a la declaración del impuesto sobre sociedades.

Por último, los costes (de gestión y económicos) del sistema serán más difícilmente soportables por las pequeñas empresas innovadoras que, por su tamaño, realizarán proyectos de inferior importe. Nuestro ordenamiento ha regulado las Jóvenes Empresas Innovadoras así como las pequeñas o microempresas innovadoras y ha establecido unos requisitos para obtener este reconocimiento y un registro en el que se incluyen las empresas que los cumplen, tras el control efec-

tuado a este respecto por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Sin embargo, los efectos de su reconocimiento como tales tiene de momento un alcance muy reducido, consistente en permitir la compatibilidad de la bonificación en la cuota de investigadores en exclusiva con la deducción por actividades de I+D+i. Medida que va acompañada, por otra parte, de instrumentos de control para su adecuada aplicación que pueden resultar disuasorios. Aunque todavía no se conocen los pormenores de la propuesta, el anunciado informe motivado exprés en el que está actualmente trabajando el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, dirigido a las pymes previamente calificadas como innovadoras, está dirigido a suponer una mejora en este sentido.

## LOS INTERMEDIARIOS FISCALES: SU IMPACTO EN LA CONCIENCIACIÓN CÍVICO-TRIBUTARIA (GESTIÓN Y RECAUDACIÓN TRIBUTARIA)

**Ramón Bonell Colmenero**

*Profesor Asociado de la Universidad Complutense de Madrid*

---

### EXTRACTO

El problema creciente de falta de recaudación suficiente, ante el endeudamiento de las Administraciones públicas, es el reflejo de una defectuosa concepción del modelo de desarrollo y, también, del procedimiento de gestión y recaudación tributaria llevados a cabo. Es por ello que en el presente trabajo ofrecemos una solución que creemos es la idónea. La cuestión planteada sobre el modelo de desarrollo, que ha llevado a una posición vulnerable, surge de la necesidad de una nueva fórmula de gestión, que está ganando consenso en los distintos ordenamientos fiscales de los países occidentales, caracterizándose en la externalización de los servicios tributarios, bien entendida como una cesión de competencias de una Administración pública a un ente privado por un cierto tiempo determinado y con unos límites establecidos y fijados por una norma jurídica, o bien a través de un contrato de gestión de servicios públicos. Todo ello para mejorar la adherencia al cumplimiento de las normas fiscales, de tal forma que se requiere tiempo y el compromiso por parte de todos. Los intermediarios fiscales tienen un papel fundamental en la prevención del fraude fiscal y del blanqueo de capitales, ofreciendo mayor transparencia, seguridad jurídica, confianza y agilidad en la aplicación de los procedimientos de la gestión tributaria. La finalidad es que, mejorando la gestión, se acreciente la recaudación, concienciando y mejorando la imagen que la tributación tiene entre los ciudadanos y las empresas.

**Palabras clave:** intermediarios, gestor, asesor, financiero y tributos.

---

*Fecha de entrada: 29-08-2016 / Fecha de aceptación: 05-10-2016 / Fecha de revisión: 27-11-2016*

## STUDY INTO THE ROLE OF TAX INTERMEDIARIES: TO CONSOLIDATE AND STRENGTHEN TAX AWARENESS IN OUR SOCIETY (TAX COLLECTION MANAGEMENT)

Ramón Bonell Colmenero

---

### ABSTRACT

The growing problem of a lack of sufficient collection in the face of Public Sector indebtedness is a reflection of a flawed conception of the development model and of the tax collection and management procedure carried out.

The aim of this paper is to highlight the origins and solutions, that I believe is the ideal one, for increasing tax-collection, combating tax evasion, redefining relations between Public Administrations, to implement a simplified taxation system, reducing costs for taxpayers and making the work of tax-collection organizations easier and more efficient.

Tax intermediaries are the supply side of a relationship in which taxpayers, their clients, form the demand side. This is a tripartite relationship in which revenue bodies are the other party. Therefore, the report explores strategies to improve the relationships between revenue bodies and large corporate taxpayers.

The question raised about the development model that has led to a vulnerable position arises from the need for a new management formula, which is gaining consensus in the different fiscal systems of the western countries, characterized in the outsourcing of tax services, or understood as a transfer of powers of a Public Administration to a private entity for a certain time and with limits established and fixed by a legal rule or, through a contract for the management of public services. All this to improve adherence to compliance with tax rules, so that it takes time and commitment on the part of all.

Tax intermediaries play a key role in preventing tax fraud and money laundering. Offering greater transparency, legal certainty, confidence, and agility in the application of the procedures of the tax administration.

The purpose is to improve the management, increase the collection, attending to the awareness, improving the image that the taxation has between the citizens and the companies.

This paper also concludes that risk management is an important tool enabling revenue bodies to prioritise risk and allocate resources effectively. It identifies strategies to directly address the risks posed by taxpayers and tax intermediaries engaged in aggressive tax planning.

**Keywords:** intermediaries, manager, adviser, financier and taxes.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. El asesor y la planificación fiscal
3. La relación entre planificación fiscal internacional y transparencia
4. Principios de aplicación al análisis de la documentación
5. Derechos de aplicación al análisis de los datos
6. ¿Tiene el Derecho algún poder real para moldear las decisiones fiscales de las empresas?
7. Principios en la aplicación de los tributos
8. Democracia
9. Unión Europea
10. Motivación
11. Nos dictan normas
12. La figura del intermediario fiscal
13. Conclusiones

### Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

El problema creciente de falta de recaudación suficiente, ante el endeudamiento de las Administraciones públicas, es el reflejo de una defectuosa concepción del modelo de desarrollo y, también, del procedimiento de gestión y recaudación tributaria llevados a cabo. Es por ello que en el presente trabajo ofrecemos una solución que creemos es la idónea. La cuestión planteada sobre el modelo de desarrollo, que ha llevado a una posición vulnerable, surge de la necesidad de una nueva fórmula de gestión, que está ganando consenso en los distintos ordenamientos fiscales de los países occidentales, caracterizándose en la externalización de los servicios tributarios, bien entendida como una cesión de competencias de una Administración pública a un ente privado por un cierto tiempo determinado y con unos límites establecidos y fijados por una norma jurídica, o bien a través de un contrato de gestión de servicios públicos. Todo ello para mejorar la adherencia al cumplimiento de las normas fiscales, de tal forma que se requiere tiempo y el compromiso por parte de todos.

Los intermediarios fiscales tienen un papel fundamental en la prevención del fraude fiscal y del blanqueo de capitales, ofreciendo mayor transparencia, seguridad jurídica, confianza y agilidad en la aplicación de los procedimientos de la gestión tributaria. La finalidad es que, mejorando la gestión, se acreciente la recaudación, concienciando y mejorando la imagen que la tributación tiene entre los ciudadanos y las empresas.

La tributación debe ser justa y debe armonizar con la estructura del estado de bienestar que la sociedad tiene:

- Estimulando y logrando el mayor grado de cumplimiento voluntario posible, de acuerdo con la normativa vigente.
- Asesorando a los ciudadanos sobre sus derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades.
- Determinando la extensión del cumplimiento y las causas del incumplimiento.
- Desincentivando el incumplimiento voluntario de las normas tributarias.
- Terminando con los esquemas de elusión fiscal.
- Erradicando la percepción difundida de que el sistema fiscal es complejo e injusto.

En la estructura de este estudio se distinguen distintas partes claramente diferenciadas. En primer lugar, se exponen determinados aspectos introductorios sobre los intermediarios fiscales y su impacto en la concienciación cívico-tributaria, como su origen en el contexto de la reforma general que se está llevando a cabo en el sector público, junto con el análisis de las ventajas y riesgos que pueden derivarse de esta técnica de gestión, la presunta reducción de costes y el incremento de la calidad en la prestación de los servicios que se pretenden llevar a cabo.

Siguiendo a Daniel CASAS AGUDO<sup>1</sup>, la externalización de servicios públicos es una práctica hoy en día frecuente en todos los ámbitos de la Administración pública. La participación privada está presente ya en toda la cadena de servicios, desde la planificación y valoración hasta la ejecución y mantenimiento. Los servicios tributarios son servicios públicos cuya prestación tiene que estar garantizada por la Administración. Esto permite que la Administración tributaria responsable de prestar el servicio lo encargue también a terceros ajenos a la organización, externalizando de esta manera la prestación, pero manteniendo esta la titularidad y la responsabilidad del servicio.

En el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), los sistemas consistentes en una cesión de competencias por parte de un ente público a un sujeto privado por cierto tiempo y con los límites y requisitos fijados en la norma jurídica son incentivadores con el fin de la mejora de la prestación de los servicios conducentes al aumento de la recaudación.

El grado en que el comportamiento de cada uno de los sujetos pasivos sigue el régimen fiscal normativo de su jurisdicción, ejecutando cambios en el modo de actuación establecidos incorrectamente hasta la fecha —en su caso— para conseguir la aplicación correcta de las normas tributarias vigentes para cada ejercicio fiscal, requiere de su correcto análisis —nada menos que la imputación y la determinación de los deberes y las obligaciones fiscales de los contribuyentes, la verificación de las infracciones tributarias cometidas o que pudieran cometer, junto con el régimen sancionador aplicable<sup>2</sup>.

El estado de bienestar que todos los ciudadanos nos merecemos se hace insostenible en aquellos Estados en que el incumplimiento tributario se convierte en el juego de suma cero preferido por sus ciudadanos. El estado de bienestar no funciona en aquellos Estados, en el que sus ciudadanos incumplen las normas fiscales. No debiendo circunscribirlo solo a la falta de cumplimiento de las normas tributarias, sino de cotizaciones sociales, pago del régimen de autónomos, normas laborales, mercantiles, falta de presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, etc.

El cumplimiento de las normas por naturaleza produce los mejores efectos que se puedan desear en cualquier Estado del siglo XXI, reporta seguridad jurídica, respeto en un marco en el

---

<sup>1</sup> CASAS AGUDO, D.: *La externalización de la Gestión Tributaria. Régimen Jurídico y Límites*, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pág. 17.

<sup>2</sup> Vid. CALVO ORTEGA, R.: «La externalización de servicios y funciones tributarias: un debate actual», en *Nueva Fiscalidad*, n.º 4, julio-agosto de 2009, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 9-20.

que el tráfico de los negocios incentiva el comercio, la creación de puestos de trabajo y, por tanto, el crédito, en el sentido más amplio, desde su trazo al concepto, traspasando las normas, aportando nuevas formas de expresión de los negocios, mediante la contratación, partiendo de la tradición para hacer nuevas propuestas que multiplican exponencialmente la capacidad comercial, como sucede con el *crowdfunding*, dándole ritmo, fluidez y generando fondos para el desarrollo de la actividad económica.

El grado de cumplimiento de las normas fiscales en el Reino de España hoy por hoy es muy limitado. Perdiendo adherencia al cumplimiento normativo. Relacionado en función del nivel social, económico y del estilo de vida. Este nivel de adherencia al cumplimiento fiscal varía en función de países, áreas, zonas geográficas, provincias y comunidades autónomas. Sirva de ejemplo el estudio dirigido por Jordi SARDÁ, en colaboración con los técnicos del Ministerio de Hacienda: «La economía sumergida pasa factura»<sup>3</sup>. Se incumplen las normas fiscales, o se dejan de cumplir, a un grado del 50-60% en función del tipo de empresario, empresario individual, empresa de reducida dimensión –pequeñas y medianas empresas–, empresas multinacionales. Todo va en función del nivel económico y de la concienciación cívico-tributaria que exista, no es lo mismo el norte que el sur, el norte de Europa que el sur de Europa, América del Norte que Sudamérica.

El cumplimiento de las normas o la adherencia hoy es francamente bajo. La actuación puede y debe revertirse. El incumplimiento debe convertirse en cumplimiento. El incumplimiento en la vida de los negocios es generalmente al montar la empresa, en los primeros inicios de la actividad económica, a partir del año, de los dos años, el incumplimiento se sitúa alrededor del 40-50%. La dejadez en la aplicación de las normas fiscales es bastante precoz, es en el primer y segundo año, por eso la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades en su artículo 29.1 indica: «1. El tipo general de gravamen para los contribuyentes de este impuesto será el 25 por ciento. No obstante, las entidades de nueva creación que realicen actividades económicas tributarán, en el primer periodo impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente, al tipo del 15 por ciento, excepto si, de acuerdo con lo previsto en este artículo, deban tributar a un tipo inferior». Es aquí dónde y cuándo debemos intervenir los asesores financieros y tributarios, podemos hacer mucho para que el cumplimiento mejore. A partir del segundo año se consolida el negocio, su viabilidad, comienza la concienciación del cumplimiento normativo, pero debemos velar por su cumplimiento desde el primer día. Es labor de todos cumplir y hacer cumplir las normas.

El cumplimiento debe mejorar, si nos preguntamos si somos capaces de conseguir resultados de la noche a la mañana, y que el 100% de los contribuyentes cumplan no va a ser de forma automática, no van a pasar de la economía sumergida a su regularización voluntaria o de forma ejecutiva –en este caso por la falta de medios de la Administración tributaria– pasar de mala ad-

<sup>3</sup> Vid. GESTHA, «La economía sumergida pasa factura» <[http://www.gestha.es/archivos/actualidad/2014/2014-01-29\\_INFORME\\_LaEconomiaSumergidaPasaFactura.pdf](http://www.gestha.es/archivos/actualidad/2014/2014-01-29_INFORME_LaEconomiaSumergidaPasaFactura.pdf)>.

herencia a buena adherencia, pero sí que se consiguen mejoras en el cumplimiento normativo muy significativo.

La mala noticia es que tenemos cifras muy elevadas de mala adherencia, y la buena noticia es que intervenciones adecuadas, programas específicamente dirigidos, pueden mejorar esta situación. Estos programas que se recogen en el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero que se publican en el BOE cada año, a través de la Resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, son un aviso para navegantes. Aplican unas medidas coercitivas respecto al pago de la deuda tributaria, que habrá de seguir un control por su asesor financiero y tributario, probablemente durante toda la vida de la empresa.

Es verdad que tenemos un problema; es verdad que este problema tiene consecuencias, pero también tenemos herramientas que nos permiten enfrentarlo.

Las consecuencias son claras: el incremento de la deuda pública, del gasto producido por la falta de adherencia, del rigor en la aplicación de las normas fiscales.

Desde el Observatorio de la Adherencia al Cumplimiento de las Normas Fiscales, estamos analizando el problema y cuantificándolo, estamos en el Reino de España, no en Latinoamérica o el norte de Europa. Conociendo el grado de adherencia que tenemos en el cumplimiento de las normas, y a lo largo del tiempo. Tenemos datos como primera medida. En segundo lugar, programas y proyectos para mejorar la adherencia, utilización de *software*, programas informáticos inteligentes, utilización de dispositivos, aplicaciones móviles, para incentivar el cumplimiento normativo, estimular y mantener el cumplimiento, involucrando en el proceso al sujeto pasivo, autocontrol del cumplimiento tributario.

Por edades del contribuyente no hay discriminación en cuanto al incumplimiento tributario. La falta de corresponsabilidad requiere de una redimensión de la educación en valores cívicos, a nivel general desde la educación primaria hasta la universidad. Dedicar tiempo en mostrar la evolución con datos, con las consecuencias. No cabe duda de que estamos ante la mejor inversión a corto, medio y largo plazo.

Adherencia al profesional: los contribuyentes deben confiar en la labor que realizan los asesores fiscales. Confianza en su asesor financiero y tributario, en su abogado.

La no adherencia motivacional elegida, incumplimiento de las normas fiscales por dejadez, porque no quieren contribuir al sistema fiscal, porque no les apetece pagar tributos, aquí el fracaso está garantizado en todos los sentidos, salvo que el sistema de recaudación se active para poder detectar este tipo de contribuyentes a través del cruce de información, trazabilidad de las operaciones y por la vía ejecutiva se recauden las obligaciones tributarias debidas. Entonces, debemos de partir desde la no adherencia por falta de información, de concienciación cívico-tributaria, puede que haya información escasa, información inadecuada, sin tener en cuenta los efectos secundarios que se derivan del incumplimiento de las normas fiscales.

Son los asesores financieros y tributarios, profesionales del Derecho, los que deben enfrentar estos problemas, atendiendo a tres aspectos fundamentales:

- Primero. Las consecuencias en el estado del bienestar de esa no adherencia, necesidad de mayor crédito, emisión de deuda pública, aumento de la presión fiscal.
- Segundo. Consecuencias socio-económicas de la no adherencia.
- Tercero. La involucración de la Administración pública, la implicación de la Administración en un problema tan grave como es el incumplimiento de las normas, en general, y fiscales, en particular, donde se requiere ejemplaridad desde la figura de la Jefatura del Estado, la Presidencia del Gobierno, ministros y resto de miembros de personal de confianza y funcionarios, que componen el noble ejercicio de la función pública, servidores todos de los ciudadanos, para los ciudadanos, no lo olvidemos nunca, no en interés propio, particular o de amiguetes.

Deber leal que se realiza en la gestión de los recursos públicos en el Estado, en las comunidades autónomas y en las entidades locales.

Por todo ello, la ciudadanía hoy se encuentra decepcionada, con dudas, por todo lo que ha sucedido hasta la fecha, con la actitud que ha habido en la gestión de los recursos públicos, política de recortes en un periodo de corrupción política. Pero, los ciudadanos también se encuentran esperanzados en un tiempo nuevo, que anhela la profesionalización de la actuación pública y privada con transparencia, con ética, con el respeto a la ley, a los valores y al orden establecido en el siglo XXI.

Ante la pregunta, ¿se puede mejorar la adherencia? Sí que cabe en nuestra sociedad: existen soluciones, pero son relativamente complejas y, además, los resultados no están garantizados. Es cuestión de concienciación cívico-tributaria, de educación, de convivencia, de ser responsables. Partimos de una gestión de lo público que cuenta con un marco normativo que arranca de lo establecido en el artículo 103.1 de la Constitución española: «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». En este sentido, cabe señalar que una de las características del funcionamiento del sector público es su «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

De tal forma que todas las actuaciones de los órganos de gestión, recaudación, inspección y de aplicación del régimen de infracciones y sanciones se ajusten a los procedimientos establecidos por la normativa aplicable. Esto hace que uno de los objetivos del control desarrollado por los intermediarios fiscales sea la verificación del cumplimiento de la normativa tributaria, siendo un control previo de forma que permita evitar los incumplimientos por parte de los contribuyentes, ya sean ciudadanos o entidades personas jurídicas.

Con el ejercicio de las funciones encomendadas a los intermediarios fiscales se contribuye no solo a una concienciación cívico-tributaria de lo que corresponde con el erario, además de

impulsar todas aquellas propuestas de posibles medidas a adoptar para corregir las deficiencias que se puedan poner de manifiesto.

## 2. EL ASESOR Y LA PLANIFICACIÓN FISCAL

En la toma de decisiones, ya se sitúa el régimen fiscal de la empresa en la agenda del consejo de administración, por lo tanto es preciso que el asesoramiento tributario sea conciso<sup>4</sup>, con la previsión y la provisión de la cuantificación, alcance de responsabilidades y los controles al respecto.

La planificación fiscal se puede definir, de forma concisa, como la forma de optimizar el resultado fiscal a través de fórmulas adecuadas y legales, mediante un proceso en el que se han de tomar en consideración tanto factores fiscales como datos relevantes no fiscales. Asimismo, definir el tipo de relación con las Administraciones tributarias.

En una materia tan técnica y específica que requiere de la publicación de los criterios de aplicación, especialmente en lo referente a valoraciones y el uso de bases de datos comparables, a través de empresas que se dedican a la elaboración de datos para su consulta y redistribución electrónica, que implica la doble transformación de los datos, por un lado, documental y, por otro, informática. Los retos y desafíos ante la gestión documental electrónica, la incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la efectividad empresarial, el archivo electrónico, la digitalización de las entidades, conservación de la documentación, gestión de documentos, valor probatorio. Eficacia empresarial y eficiencia en el ahorro de costos, traducándose en beneficios empresariales para todos<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Vid. ORDOWER, H.: «The Culture of Tax Avoidance», en *Saint Louis University Law Journal*, vol. 55, abril 2010, EE. UU., 2010, págs. 47-128.

<sup>5</sup> Vid. Implementación del programa de gestión documental en la empresa, normas de la Organización Internacional de Normalización, ISO 15948, 27000, 30300, 30301, a través de un sistema de gestión, una herramienta que permite optimizar recursos, reducir costes y mejorar la productividad en la empresa. Este instrumento de gestión reporta datos en tiempo real que permitirán tomar decisiones para corregir fallos y prevenir la aparición de gastos innecesarios. Los sistemas de gestión están basados en normas internacionales que permiten controlar distintas facetas en una empresa, como la calidad de su producto o servicio, los impactos ambientales que pueda ocasionar, la seguridad y salud de los trabajadores, la responsabilidad social o la innovación. La ISO 27000 es la norma que explica cómo implantar un Sistema de Gestión de Seguridad de la Información en una empresa. La implantación de una ISO 27000 en una organización permite proteger la información de esta de la forma más fiable posible. Se persiguen tres objetivos: Preservar la confidencialidad de los datos de la empresa. Conservar la integridad de estos datos. Hacer que la información protegida se encuentre disponible. Una empresa que tiene implantada la ISO 27000 garantiza, tanto de manera interna como al resto de las empresas vinculadas o no, que los riesgos de la seguridad de la información son controlados por la organización de una forma eficiente. El estándar ISO 27000 es totalmente compatible con otras normas de sistemas de gestión (ISO 9001, ISO 14001, OHSAS 18001) y puede ser implantado de forma integrada con estas. URL: <[http://www.aenor.es/aenor/descargadocumento.asp?nomfich=/Documentos/Comercial/Archivos/NOV\\_DOC\\_Tabla\\_AEN\\_21023\\_2.pdf&cd\\_novedad=21023&cd\\_novedad\\_doc=2](http://www.aenor.es/aenor/descargadocumento.asp?nomfich=/Documentos/Comercial/Archivos/NOV_DOC_Tabla_AEN_21023_2.pdf&cd_novedad=21023&cd_novedad_doc=2)> 7 de octubre de 2013.

Si añadimos al concepto anterior el adjetivo internacional, nos encontramos que la misma se da cuando en este proceso aparece algún elemento que tenga algún tipo de implicación fuera de las fronteras nacionales.

### 3. LA RELACIÓN ENTRE PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL Y TRANSPARENCIA

Está comprometida la entidad con la planificación y la transparencia. Cabe preguntarse también ¿qué tipo de relación existe entre planificación y transparencia fiscal internacional? La transparencia fiscal internacional se presenta como una de las medidas legales que utilizan los Estados con el fin de imputar en el país de residencia rentas acumuladas y retenidas en el extranjero. Es un control que determina la salida de capitales de las entidades e inversores, hacia jurisdicciones que ofrezcan mayores ventajas fiscales.

Nos hallamos, de este modo, en el campo de la fiscalidad internacional contemplada desde dos perspectivas:

- Por un lado, aquella que se refiere a las inversiones españolas en el exterior. Estas están sujetas a contribuir por obligación personal y a las que son de aplicación las medidas para evitar la doble imposición internacional, entre las que se encuentra la medida, considerada unilateral, de la transparencia fiscal internacional.
- Por otro lado, la fiscalidad de las inversiones extranjeras en España. Sometidas a la obligación real de contribuir y sobre las cuáles recaen únicamente medidas de tipo bilateral o multilateral.

### 4. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN AL ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN

Los principios que hay que tener en cuenta en el cumplimiento de los deberes formales son:

- Proporcionalidad, razonabilidad, debe haber una ponderación en la exigencia y en el cumplimiento atendiendo a tres elementos: utilidad o adecuación de la información; de la necesidad o indispensabilidad; el de proporcionalidad en sentido estricto **atendiendo a los medios y posibilidades empleadas en la obtención y en la redacción de la documentación.**
- Suficiencia, la entidad debe contar con la información suficiente para llevar a cabo la elaboración de la documentación. Es comúnmente aceptada la relación entre este principio y el de proporcionalidad en sentido estricto.

- Pertinencia de los datos, de acuerdo con el ámbito y la finalidad para los que se hayan obtenido.
- Exactitud y actualización, de forma que los datos reflejen con veracidad la situación real y actual del titular, complementados con los principios de congruencia y de racionalidad, en relación con la necesidad de garantizar que los datos no pueden ser tratados, ni utilizado el resultado de su tratamiento en caso de que ya lo hubieran sido, nada más que en aquellos casos en que sea totalmente necesario y adecuado a la finalidad para la que fueron recabados.
- Proporcionalidad, incorporar los datos que sean congruentes, suficientes y no excesivos para el fin que justifica la existencia de los requerimientos de la documentación de las operaciones vinculadas.

## 5. DERECHOS DE APLICACIÓN AL ANÁLISIS DE LOS DATOS

Estos principios requieren del reconocimiento de una serie de derechos, mediante el ejercicio de los cuales el titular de los datos puede tener realmente la protección perseguida.

Estos derechos básicamente son:

- El derecho a la autodeterminación, facultad del contribuyente de controlar y conocer los datos que sobre el sujeto pasivo se encuentran en soportes a disposición de la Administración.
- Los derechos de información y acceso del contribuyente sobre los datos que existan referentes a él en los ficheros, y sobre el fin para el que han sido recabados y registrados.
- Los derechos de rectificación del contribuyente en el caso de que los datos sean inexactos, o cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido registrados.

Podemos también incluir los derechos de impugnación del interesado de determinados actos, cuando su fundamento sea un tratamiento automatizado de sus datos de carácter confidencial que ofrezca un perfil suyo obtenido de esta forma, y también del derecho del titular de los datos a exigir responsabilidad por el daño que a sus bienes o derechos se le haya causado, por el tratamiento de los datos erróneamente introducidos en el fichero.

El ejercicio de estos derechos se llevará a cabo mediante el procedimiento *Habeas Data*, que permite la defensa de los derechos que se pretenden proteger.

Cabe destacar la cesión de los datos entre distintas Administraciones tributarias a través de los acuerdos de intercambio de información, entre los Estados reflejando el esfuerzo internacio-

nal en la lucha contra la evasión tributaria y formas agresivas de planificación, así como en la optimización de la determinación de las obligaciones tributarias.

Además de la utilización de convenios bilaterales (cláusulas estándar contenidas en los CDI y los Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria), se constata una creciente utilización de convenios multilaterales e inclusive de métodos de cooperación informales.

Hacia una cooperación e información automática de intercambio de información que termina con la privacidad en la información de las operaciones financieras realizadas por los contribuyentes, personas físicas y jurídicas, el intercambio de información automática tributaria es la vía pragmática para enfrentarse a la contradicción entre globalización y Administraciones tributarias nacionales.

Las formas de intercambio de información se encuentran en constante evolución. Varían desde el intercambio por solicitud, al intercambio automático, intercambio espontáneo, así como la utilización de investigaciones y auditorías conjuntas, formas que requieren una cooperación más intensa entre las autoridades.

Muchos Estados están tratando de implementar nuevas formas de cooperación para su uso eficiente, entre las que se encuentran propuestas como los acuerdos «Rubik» de Suiza así como el «Foreign Account Tax Compliance Act» (FATCA)<sup>6</sup> de Estados Unidos, sistemas que tienen en común la figura de un intermediario financiero «utilizado» por las Administraciones tributarias para auditar al contribuyente con quien aquel tiene contacto directo.

Estas modalidades de intercambio requieren de una adecuada implementación en las legislaciones internas para efectivizarlas y para proteger los derechos de los contribuyentes.

Puede ser un punto conflictivo en cuanto al mantenimiento de la protección de la cual pueda garantizar la Administración española, puesto que las condiciones en las que podrán ser cedidos o no podrán ser cedidos, se posibilita el cruce de los mismos, aplicando con toda intensidad las posibilidades de tratamiento de la información que poseen las TIC, además la propia cesión facilita la utilización de los datos para un uso que no es el mismo para el que se había recabado.

Se debe establecer que no se podrán ceder los datos objeto de tratamiento más que para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con las funciones legítimas del titular ante la Administración tributaria.

La transferencia de datos de un Estado a otro requiere de un control que recoja los límites de garantía y seguridad en la transmisión telemática, o en la transferencia de los datos cruzando fronteras.

---

<sup>6</sup> *Foreign Account Tax Compliance Act*. Vid. MICHEL, S. D.: «FATCA – international cooperation and automatic disclosure», en *The FSC Report 2013*, Campden, Londres, 2013, págs. 12-15.

Teniendo en cuenta que para el control y la prevención del blanqueo de capitales es precisa la transmisión e intercambio de datos entre distintos países, siendo una evolución necesaria del Derecho Tributario Global, para el ejercicio de las propias actividades de las autoridades fiscales dentro de las funciones de los órganos de recaudación e inspección, en cuanto al ejercicio de las actividades económicas de las empresas multinacionales (EMN). Siendo una garantía para los ciudadanos del cumplimiento de los principios constitucionales recogidos en el artículo 31 de la Constitución española, y garantía del estado del bienestar al cual toda sociedad desea y aspira.

Independientemente de la cesión de datos que, en su caso, ello pueda representar, el movimiento internacional de datos solo tendrá sentido cuando la protección existente en el país receptor de los datos sea similar a la establecida en el país de origen; en otro caso, resultaría fácil burlar las previsiones y protecciones de la ley mediante la transferencia de datos personales a países en los que no haya regulación en esta materia –denominados «paraísos de datos»– donde podrían ser tratados y procesados informáticamente eludiendo el rigor legal, la protección garantizada, generando inseguridad jurídica y desprotección. Por lo que se buscará que el país receptor garantice un nivel de protección adecuado.

## 6. ¿TIENE EL DERECHO ALGÚN PODER REAL PARA MOLDEAR LAS DECISIONES FISCALES DE LAS EMPRESAS?

Dentro del análisis económico sobre cómo son y cómo deberían ser las políticas de fijación de precios por parte de los empresarios, deberíamos partir siempre del precio de mercado, para garantizar a medio y largo plazo la sostenibilidad de la actividad económica que lleva a cabo la empresa.

El foco central de este punto se ciñe a la influencia del poder ejecutivo, el legislativo y el judicial a través de la aplicación e interpretación de las normas dentro del contexto y del realismo jurídico y económico del entorno en el que se llevan a cabo los hechos, las transacciones económicas, el mercado, porque el mercado es conversaciones que se plasman en acuerdos.

El establecimiento de normas fiscales, las cuales pueden proceder de recomendaciones realizadas por organismos y entidades supranacionales –*soft law*–, que posteriormente se plasma en textos normativos –*hard law*–. Sirva de ejemplo el Reglamento del impuesto sobre sociedades (RIS) de 10 de julio de 2015 (RD 634/2015).

Partimos de que el conocimiento es poder, poder de decisión de compra, con información perfecta, sin incertidumbre, motivada de forma racional, siendo congruente. Dado que por ejemplo en el caso de operaciones vinculadas la información que se maneja en el proceso de toma de decisiones puede ser alterada por razón de filiación, parentesco o relaciones entre los miembros del consejo de administración con la entidad, o entre la entidad matriz y la filial.

Nos encontramos ante los precios de transferencia, que deben guiarse por la regla del principio *arm's length*, en lugar de establecerse discrecionalmente, poniendo de manifiesto que la introducción de restricciones a la discrecionalidad no tiene necesariamente que acarrear ningún tipo de coste de oportunidad en términos de desarrollo sostenible para la entidad.

El Derecho incide en la toma de decisiones por parte de los empresarios, por ejemplo, desde la adquisición de un automóvil, hasta la influencia en la fijación del precio de ese automóvil. Veamos el siguiente ejemplo de aplicación a partir del artículo 48 bis del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas (RIRPF):

**Reducción en la valoración por cesión de vehículos eficientes energéticamente:**

- **15%**: cuando se trate de vehículos que cumpliendo los límites de emisiones Euro 6 con sus emisiones oficiales de CO<sub>2</sub> no sean superiores a 120 g/km y el valor de mercado que correspondería al vehículo si fuera nuevo, antes de impuestos, no sea superior a 25.000 euros.
- **20%** cuando, adicionalmente, se trate de vehículos híbridos o propulsados por motores de combustión interna que puedan utilizar combustibles fósiles alternativos (autogás –GLP– y gas natural) siempre que, en este caso, el valor de mercado a que se refiere el párrafo anterior no sea superior a 35.000 euros.
- **30%** cuando se trate de cualquiera de las siguientes categorías de vehículos:
  - 1.º Vehículo eléctrico de batería (BEV).
  - 2.º Vehículos eléctrico de autonomía extendida (E-REV).
  - 3.º Vehículo eléctrico híbrido enchufable (PHEV) con una autonomía mínima de 15 kilómetros siempre que, en este caso, el valor de mercado que correspondería al vehículo si fuera nuevo, antes de impuestos, no sea superior a 40.000 euros.

Otro ejemplo práctico es el precio que deben tener los menús de los restaurantes en función de las dietas y las estancias y pernoctaciones en hoteles, artículo 9 del RIRPF, dietas y asignaciones para gastos de locomoción y gastos normales de manutención y estancia.

## 7. PRINCIPIOS EN LA APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS

- Presunción de legalidad de los actos administrativos. La presunción de legalidad de los actos administrativos no supone desplazamiento de la carga de la prueba que

corresponde a cada parte, sino que desplaza la carga de accionar al administrado (SSTS de 22 de septiembre de 1986, 28 de mayo de 1987 y 3 de mayo de 1988).

- Principio de eficiencia impositiva. Según este principio, los impuestos deben ser diseñados de modo que el sistema fiscal no debe interferir en la toma de decisiones por parte de los contribuyentes, por ejemplo, dónde trabajar o dónde no, dónde ubicarse o dónde no, dónde ahorrar o dónde gastar, dónde invertir, invertir en un producto o en otro atendiendo a la fiscalidad de cada producto. Este principio está relacionado con el principio de neutralidad fiscal.
- Principio de neutralidad. Este principio parte del supuesto de que la productividad de los recursos es mayor si su asignación se realiza conforme al libre mercado y sin la intervención del gobierno de turno. Las normas fiscales que no interfieren con la asignación de recursos que determina el mercado se consideran neutrales, estableciendo un marco de neutralidad fiscal. En un mundo ideal, los tributos deben ser neutrales sin atender la toma de decisiones que afecten a razones de tipo empresarial y comercial y, por lo tanto, dónde se lleven a cabo la toma de decisiones sin atender a los motivos fiscales que les someten a gravamen. En la práctica este principio de neutralidad es difícil de aplicar, con frecuencia los gobiernos deliberadamente interfieren en la vida económica de los ciudadanos y de las empresas, incentivando lo que se debe hacer o no hacer en cada momento.

Dentro de la optimización fiscal de los contribuyentes, estableciendo incentivos para minorar la carga fiscal. Con una carga fiscal excesiva, distorsiona el mercado con el objetivo de desincentivar determinados comportamientos, consumos, etc. Cumplimiento de fines extrafiscales.

- Principio de residencia. Atendiendo a la residencia fiscal, será tratado como residente o como no residente. Atendiendo a la residencia, tributará por la renta mundial o los beneficios a nivel global. En la práctica este principio puede ser afectado atendiendo al lugar donde está centralizada la gestión y la toma de decisiones, por ejemplo tienen la residencia fiscal en Mónaco, pero la toma de decisiones y la gestión de la entidad está en Madrid<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Vid. AVERY JONES, J. F.: «2008 OECD Model: Place of Effective Management –What one Can Learn from the History», *Bulletin for International Taxation* 2009, vol. 63, n.º 5, IBFD, Ámsterdam, 2009, págs. 183-186; HUGHES, D.: «The Determination of UK Corporate Residence: *Laerstate BV*», *European Taxation* 2010, vol. 50, n.º 2/3, 19 de enero de 2010, IBFD, Ámsterdam; LAWRENCE, D.: «*Smallwood v Revenue and Customs Commissioners*: Part 1 – a Mauritian Mission Explained», en *Private Client Business*, 2011, 1, págs. 7-11; LAWRENCE, D.: *Smallwood*: Part 2: Poetic Justice?, *Private Client Business*, 2011, 2, págs. 77-82; MAISTO, G.: *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, Ámsterdam, 2009; NATHAN, A.: «Determining company residence after *Wood v Holden*», 2005 <[http://www.taxbar.com/documents/Company\\_Residence\\_Wood\\_v\\_Holden\\_AN\\_000.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Company_Residence_Wood_v_Holden_AN_000.pdf)>; OECD (2001), The Impact of the Communications Revolution on the Application of 'Place of Effective Management' as a Tie Breaker Rule, Discussion paper from the Technical Advisory Group on monitoring the application of existing treaty norms for the taxation of business profits <<http://www.oecd.org/dataoecd/46/27/1923328.pdf>>; OECD (2003), Place of Ef-

- Desviación de poder. Un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto al querido por el legislador (SSTS de 20 de julio de 1988, 5 de julio de 1991 y 19 de diciembre de 1995).
- Confianza legítima. El principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, siguiendo el artículo 9.3 de la Constitución española: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (STS de 31 de octubre de 1996).
- Principio de equidad entre naciones. Afecta al criterio de reparto de beneficios de las empresas transnacionales entre los países, el reparto de la base imponible, tanto el país de residencia, como el de la fuente del ingreso, tienen derecho al sometimiento de la carga tributaria en su jurisdicción fiscal. Por ello, debe definirse cómo se distribuye el ingreso fiscal entre ellos. La distribución equitativa de la tributación depende de la distribución de la base imponible entre el país de residencia y el de la fuente, y de la distribución de los beneficios, a través de las operaciones vinculadas.
- Principio de equidad entre contribuyentes. En este principio se basa la aceptación por parte de los contribuyentes del sistema fiscal establecido, partimos de que un sistema fiscal debe ser equitativo en el sentido de que la carga impositiva se reparta de manera justa entre los ciudadanos, atendiendo al principio del beneficio, según el cual cada individuo ha de contribuir a financiar el gasto público a través de los impuestos en función del beneficio que reciba del sector público. Y del principio de capacidad de pago, según este criterio cada individuo debe contribuir a financiar el gasto público a través de unos impuestos que tengan en consideración su capacidad de pago, medida a través de la renta, el patrimonio, etc., independientemente de los beneficios recibidos del sector público<sup>8</sup>. Equivalencia, una cosa no puede ser a la vez ella y su contraria (STS de 18 de julio de 1998). Desde el punto de vista de la tributación de las rentas obtenidas quiere decir que habrá que estar a la capacidad económica y la capacidad contributiva del contribuyente. Este prin-

---

fective Management Concept: Suggestions for Changes to the OECD Model Tax Convention. Discussion Draft 27 May 2003, disponible en <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/17/2956428.pdf>>.

OECD (2008), Commentary on Art 4, Para 3 to Model Tax Convention on Income and Capital, July 2008 Condensed Version, OECD 2008; OLIVER, J. D. B.: «Company Residence – Four Cases», *British Tax Review*, n.º 5 1996; SCHWARTZ, J.: *Booth & Schwarz: Residence, Domicile and UK Taxation*, 15.ª ed. Bloomsbury Professional, Reino Unido 2011.

<sup>8</sup> Vid. COSTA, M.; DURÁN, J. M.; ESPASA, M.; ESTELLER, A. y MORA, A.: *Teoría Básica de los Impuestos: un Enfoque Económico*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, pág. 117.

cipio justifica el establecimiento de tipos progresivos debido a la base imponible y contributiva del sujeto pasivo.

- Imparcialidad. Sometimiento a la ley. Aplicar con objetividad la legislación vigente.
- Igualdad de armas. Si se duda de la imparcialidad del perito de la Hacienda –que está obligado a servir con objetividad los intereses generales–, se debe proponer su recusación o proponer una pericia para respetar el principio de igualdad de armas (STS de 30 de abril de 1999).
- Principio de flexibilidad. Implica que los sistemas impositivos se deben adaptar a las variaciones coyunturales del ciclo económico, con el fin de que el sector público pueda llevar a cabo su función estabilizadora no solo a través del gasto público sino también a través del sistema fiscal. Este principio implica la necesidad de crear impuestos que recauden más en las épocas de crecimiento económico y que graven menos en las épocas de recesión económica<sup>9</sup>.
- Principio de simplicidad. La regulación debe procurar ser sencilla, ser simple en beneficio de su aplicación y eficiencia por parte de su aplicación, entendible para los ciudadanos y desde el punto de vista de su administración.
- Principio de sencillez administrativa. Afecta a la cuantificación de los costes de administración y gestión vinculados a la recaudación de los impuestos. Teniendo en cuenta los costes directos y los costes indirectos. Un menor coste de recaudación permite un mayor rendimiento tributario.

Los costes directos se refieren a los gastos en que incurre la Administración para conseguir el cumplimiento por parte de los ciudadanos, y así recaudar. Se incluyen en esta categoría los costes de recursos humanos y recursos materiales. Estos costes evidentemente son para la Administración tributaria una disminución de su volumen de ingresos.

Los costes indirectos o de cumplimiento fiscal son los costes adicionales al pago de la obligación tributaria principal, aquí tenemos en cuenta los costes que tienen que soportar los contribuyentes atendiendo al proceso de cumplimentación de las

<sup>9</sup> En este sentido, encontramos la flexibilidad activa y la flexibilidad pasiva. La flexibilidad activa en un sistema fiscal se produce cuando permite la posibilidad de adoptar de manera discrecional políticas anticíclicas mediante la alteración o modificación de alguno de los elementos impositivos: tarifas, deducciones, bases, etc. La flexibilidad pasiva en un sistema fiscal se consigue cuando dicho sistema se estructura de tal modo que contribuye a amortiguar automáticamente las fluctuaciones coyunturales de la actividad económica. Ello requiere disponer de impuestos que sean estabilizadores automáticos. Los impuestos que presentan mayor flexibilidad pasiva son los impuestos progresivos sobre la renta, ya que en épocas de crecimiento económico se recauda más que proporcionalmente, mientras que en las épocas de recesión la recaudación se reduce más que proporcionalmente, sin necesidad de que el gobierno tenga que actuar. COSTA, M.; DURÁN, J. M.; ESPASA, M.; ESTELLER, A. y MORA, A.: *Teoría Básica de los Impuestos: un Enfoque Económico*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, pág. 118.

obligaciones fiscales, suponiendo un aumento de la carga fiscal soportada. Estos costes pueden ser monetarios y no monetarios.

- Monetarios: costes de asesoramiento financiero y tributario, costes en términos de tiempo, llevanza de la contabilidad, almacenamiento de los datos, controles de seguridad y protección de datos, etc.
  - No monetarios: la dedicación, preocupación y compromiso asumido por el contribuyente en el cumplimiento de las obligaciones fiscales<sup>10</sup>.
- Principio de perceptibilidad impositiva. De acuerdo a este principio, los contribuyentes deben conocer exactamente la carga fiscal que soportan, por ello el diseño de los tributos debe ser sencillo y fácil de cumplir y aplicar. Se trata de reducir al máximo la denominada «ilusión fiscal» de Amilcare PUVIANI que data de 1903<sup>11</sup>.

Ya hemos visto como la ilusión fiscal de los votantes, a través de los incentivos fiscales que ofrecen los gobernantes de turno, intenta, pretende, incentivar y movilizar a determinados sectores y perfiles de la sociedad y perfiles de ciudadanos. Esta ilusión fiscal consiste en una distorsión de la realidad fiscal que conlleva que unos determinados ciudadanos participen en las elecciones decantándose por un partido determinado en función de lo que propone o ya ha propuesto, siendo auténticos «miopes», no hay una valoración consistente de lo que se va a conseguir con la propuesta, sin tener presente todas las consecuencias futuras derivadas de la política fiscal prevista.

Esta es sin duda la consecuencia de la ignorancia racional no solo del votante sino también del gobernante, o candidato a gobernante, que implica, no que el ciudadano actúa irracionalmente, o sumido en la más profunda de la ignorancia, sino simplemente, que el ciudadano tiende a participar en los procesos de toma de decisiones colectivos con un nivel de información por debajo del nivel de información con el que toma sus decisiones de carácter particular, atendiendo a las previsiones y sus consecuencias, o por lo menos así debería ser.

Esta decisión de atracción de votos es llevada a cabo por los partidos políticos sabiendo que el ciudadano actúa de forma racional a sus intereses a corto plazo, si comparamos los costes y beneficios que puede esperar y obtener de las decisiones políticas de las que forma parte, y toma parte por estas.

De ahí que el ciudadano no sea del todo consciente de las consecuencias, encontrándonos ante un error invencible, frente a la incorrecta propuesta llevada a cabo por el gobernante o candidato que conduce a través de los incentivos fiscales al

<sup>10</sup> Cfr. Área de Sociología Tributaria del Instituto de Estudios Fiscales, a través de las publicaciones periódicas: <[http://www.ief.es/investigacion/temas/sociologia\\_publicaciones.aspx](http://www.ief.es/investigacion/temas/sociologia_publicaciones.aspx)>.

<sup>11</sup> Vid. PUVIANI, A.: *Teoría de la ilusión financiera*, IEF, Madrid, 1972.

déficit, que presagia un alza de la presión fiscal, no es un tema de no bajar las pensiones a cambio de subir el coste de la factura de los fármacos, es un tema de bajar las pensiones a cambio de ofrecer un mejor estado del bienestar, el que se merece la sociedad en cada momento dado.

Porque el auge de los incentivos fiscales conlleva baja recaudación, por lo tanto, o ajuste presupuestario o aumento de la presión impositiva. Asumiendo también que el coste de los intereses, el escenario de deflación, tiene un coste de oportunidad de tener que renunciar a proyectos de inversión, o afectando a la adquisición de bienes y la prestación de servicios seguramente valorados de forma positiva por el colectivo y los ciudadanos implicados en los correspondientes incentivos fiscales.

- Principio de proporcionalidad y suficiencia. Límites de exoneración global artículo 16.2 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS) vs. documentación con contenido simplificado artículo 18.3 de la Ley del impuesto sobre sociedades (LIS) (art. 18.3 LIS).

Fruto del juego de la democracia, la sociedad civil, las asociaciones, los colegios profesionales, los *lobbies*, en la meditación y consenso de lo que los ciudadanos desean y de lo que los gestores en la política deciden, influyen los factores de la comentada «ignorancia racional de los votantes» que antepone las preferencias por los intereses a corto plazo frente al resto de los ciudadanos.

En el entorno económico internacional del siglo XXI, presidido por el fenómeno de la globalización, el asesoramiento financiero y tributario, dentro de la planificación fiscal internacional de las actividades de la empresa, es una herramienta extremadamente útil para garantizar la reducción de contingencias fiscales, que se pueden traducir en costes fiscales, para que cada decisión que se adopte responda a una estrategia adecuada y consistente a medio y largo plazo que, además, permita a la empresa adaptarse eficazmente a la evolución de los mercados.

## 8. DEMOCRACIA

En el juego de las elecciones democráticas lo preponderante en los políticos es ganar, por ello intentan ganarse el voto de los ciudadanos a través de este sistema de incentivos, así funciona el sistema 2+1+1, dos años de políticas contrarias a lo que en principio cabría esperarse del programa de turno, un año de mantenimiento, más otro año de aumento del gasto y transferencia de recursos a los ciudadanos, que votan.

Teniendo el margen suficiente para aumentar el gasto público, y posteriormente reducir la presión fiscal aparentemente, solo aparentemente, para no obstante trasladar hacia el futuro la herencia recibida de la pésima gestión realizada, a la que tendrán que enfrentarse quizás otros gobernantes, cabe que de partidos de distinto signo político, ignorando las consecuencias y cir-

cunstances del ciclo económico y presupuestario en las que se halla el país. Dando lugar a decisiones discrecionales, siendo procíclicas, ley del péndulo.

El rol de los burócratas. Toda vez que es aprobada la norma, hay que llevarla a cabo, a lo largo de la amplia escala jerárquica de la burocracia. Los burócratas son los que tienen la capacidad de decidir en la gestión de los diferentes órganos de la Administración pública.

Todos juntos provocan que la toma de decisiones de forma idónea e inteligente por parte del Poder Ejecutivo se encuentre con la presión ejercida por la falta de perspectiva a medio y largo plazo, y se retrasen las decisiones y reformas imprescindibles para el progreso.

## 9. UNIÓN EUROPEA

A nivel de la Unión Europea (UE)<sup>12</sup>, el principio de subsidiariedad, reconocido en el Tratado de Roma, intervención mínima, la potestad impositiva de los Estados miembros no está, apa-

<sup>12</sup> Vid. VAN EIJSDEN, A.; CZAKERT, E.; KANA, L.; GRAU RUIZ, M. A. y BAKER, P.: «International Assistance in the Collection of Taxes», en *Bulletin for International Taxation*, abril/mayo 2011, vol. 65, n.º 4/5, 30 de marzo de 2011, IBFD, Ámsterdam; BENSALOM, H.: «A Comprehensive Solution for a Targeted Problem: A Critique of the European Union's Home State Taxation Initiative», en *European Taxation*, diciembre 2008, IBFD, Ámsterdam; CERIONI, L.: «The Possible Introduction of Common Consolidated Base Taxation via Enhanced Cooperation: Some Open Issues», en *European Taxation*, mayo 2006, págs. 187-196, IBFD, Ámsterdam, 2006; Chartered Institute of Taxation (2003) «The Experimental Application of "Home State Taxation" to Small and Medium-sized Enterprises in the EU», *Response to European Commission Consultation Paper of January 2003*. Disponible en <<http://www.tax.org.uk/tax-policy/public-submissions/2003/home-state-taxation-ec-consultation>>; Deutsche Bank Research (2007): *One Europe One Tax? Plans for a Common Consolidated Tax Base*; DEVEREUX, M.: «Debating Proposed Reforms of the Taxation of Corporate Income in the European Union», *International Tax and Public Finance*, vol. 11, Kluwer Academic Publishers, Países Bajos, 2004, págs 71-89, disponible en <<http://link.springer.com/article/10.1023%2FB%3AITAX.0000004779.82823.f0#page-1>>; DEVEREUX, M. y LORETZ, S.: *The Effects of EU Formula Apportionment on Corporate Tax Revenues*, *Oxford Centre for Business Taxation*, Working Paper n.º 07/06, 2007; EU Commission (2011): Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) COM(2011)121/4; EU Commission Implementing the Community Lisbon Programme: Progress to date and next steps towards a Common Consolidated Corporate Tax Base COM (2006) 157 final; EU Commission (2001) Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee: 'Tax policy in the European Union – Priorities for the years ahead' 23.5.2001 COM (2001) final <[http://europa.eu/index\\_en.htm](http://europa.eu/index_en.htm)>. EU Commission (2005): Annex to the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. 'Tackling the Corporation Tax Obstacles of Small and Medium-Sized Enterprises in the Internal Market – Outline of a Possible Home State Taxation Pilot Scheme', SEC (2005) 1785; GAMMIE, M.: «Corporate Tax in Europe – Paths to a Solution», en *British Tax Review*, 4, Reino Unido, 2001, págs. 233-249; LODIN, S. O. y GAMMIE, M.: *Home State Taxation*, IBFD, Ámsterdam, 2001; MEUSSEN, G. T. K.: «Bosal Holding Case and the Freedom of Establishment: a Dutch Perspective», *European Taxation*, February/March 2004, IBFD, Ámsterdam, 2004, págs. 59-64; MINTZ, J.: «Corporate Tax Harmonization in Europe: It's All about Compliance», *International Tax and Public Finance* 11, Springer, EE. UU., 2004, págs. 221-234; O'SHEA, T.: *EU Tax Law and Double Tax Conventions*, Avoir Fiscal Limited, Londres, 2008; O'SHEA, T.: «Tax Avoidance and Abuse of EU Law», en *EC Tax Journal*, vol. 11, 2010-11, págs 77-115; OSTERWEIL, E.: «Reform of Company Taxation in the EU

rentemente, afectada por la integración comunitaria, decae si la fiscalidad es un obstáculo para alcanzar los fines del Tratado:

- Evitar distorsiones a la competencia.
- Velar por el respeto a las libertades de circulación, establecimiento y prestación de servicios (freno a disposiciones nacionales discriminatorias).
- Establecer un marco de neutralidad fiscal (eliminación de la doble imposición)<sup>13</sup>.
- Fomentar el intercambio de información/lucha contra la evasión fiscal<sup>14</sup>.

Internal Market», *European Taxation*, agosto 2002, IBFD, Ámsterdam, 2002, págs. 271-275; SCHON, W.: «The European Commission's Report on Company Taxation: A Magic Formula for European Taxation?», *European Taxation*, agosto 2002, págs. 276-286, IBFD, Ámsterdam, 2002; SCHONFELD, J.: «The Cadbury Schweppes Case: Are the Days of the United Kingdom's CFC Legislation Numbered?», *European Taxation*, octubre 2004, IBFD, Ámsterdam, 2004, págs. 441-452; SORENSON, P. B.: *Company Tax Reform in the European Union. Paper prepared for the Economic Policy and Research Unit*, Institute of Economics, Universidad de Copenhague, Dinamarca 2003; TAUSSIG, A.: «Analysis – European Cross-border Mergers», *Tax Journal*, 24 de enero de 2011; TERRA, B. J. M. y WATTEL, P. J.: *European Tax Law*, 5th ed. Kluwer, Países Bajos, 2008.

<sup>13</sup> Vid. BRINKER, T. M. y SHERMAN, W. R.: «International Double Taxation: The Basics», *Journal of International Taxation*, 16, 2005; DICKESCHIED, T.: «Exemption v Credit Method», *International Tax and Public Finance*, 11, 2004, págs. 721-739; GRAVELLE, J. G.: «Issues in International Tax Policy», *National Tax Journal*, septiembre 2004, 57, 3, pág. 773; Inland Revenue (1999): Double Tax Relief for Companies. A Discussion Paper <<http://www.hmrc.gov.uk/consult/dtrc.pdf>>; OECD (2010): Articles 23A and 23B. Commentary on Model Tax Convention on Income and Capital, July 2010 Condensed Version; WEICHENRIEDER, A.: «Fighting International Tax Avoidance: The Case of Germany», en *Fiscal Studies*, vol. 17, 1996, págs. 37-58; ARNOLD, B.: «The Interpretation of Tax Treaties: Myth and Reality», *Bulletin for International Taxation*, 2010, vol. 64, n.º 1, 2010; ARNOLD, B.: «An Introduction to the 2010 Update of the OECD Model Tax Convention», *Bulletin for International Taxation*, 2011, vol. 65, n.º 1; AVI-YONAH, R. S.: «All of a Piece Throughout: The Four Ages of US International Taxation», *Virginia Tax Review*, vol. 25, n.º 2, 2005, págs. 313-337; AVI-YONAH, R. S.: «Tax Treaty Overrides: A Qualified Defense of US Practice» 12 de octubre de 2005. Disponible en SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=829746>>; BAKER, P.: *Double Taxation Conventions: a Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*, Sweet and Maxwell 2002/2011; BRINKER, T. M. y SHERMAN, R.: «Comparing the US, OECD, and UN Model Tax Conventions», *Journal of Financial Service Professionals*, Bryn Mawr, marzo 2003, vol. 57, n.º 2, pág. 68; EU (2005): EC Law and Tax Treaties. Workshop of Experts, 5 July 2005. TAXUD E1/FR DOC (05) 2306. Vid.: <[http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/company\\_tax/double\\_taxation\\_conventions/article\\_2207\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/double_taxation_conventions/article_2207_en.htm)>; GASSNER, W.; LANG, M. y LECHNER, E.: *Tax Treaties and EC law*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2007; HARRIS, P. A.: *Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights between Countries: a Comparison of Imputation Systems*, IBFD, Ámsterdam, 1996; International Fiscal Association: *Double Taxation Treaties between Industrialised and Developing Countries: OECD and UN Models, a Comparison. Proceedings of a seminar held in Stockholm in 1990 during the 44th Congress of the International Fiscal Association*, IFA Congress Series, v 15, Kluwer, Países Bajos, 1992; LANG, M.: *Introduction to the Law of Double Tax Conventions*, IBFD, Ámsterdam, 2010; MAISTO, G.: «The Observations on the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties», en *Bulletin for International Taxation*, enero 2005, IBFD, Ámsterdam, 2005; OECD 2010: Articles of the Model Tax Convention on Income and Capital. Disponible en: <[www.oecd.org](http://www.oecd.org)>; OECD 2010 Model Tax Convention on Income and on Capital Condensed version – Julio 2010, París, 2010.

<sup>14</sup> Vid. <<http://www.oecd.org/tax/transparency/>>.

## 10. MOTIVACIÓN

El alcance de los deberes de documentación afecta a los principios descritos, con especial atención a los de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad y minoración de costes que la aplicación del capítulo V del RIS supone para el contribuyente. Todo está basado en las directrices establecidas en el Código de Conducta aprobado por la UE<sup>15</sup>, lo que propicia una mejor coordinación entre todos los países europeos en el cumplimiento de las obligaciones sobre precios de transferencia.

La evolución de la jurisprudencia del TJCE ha establecido, al respecto de los motivos económicos, que la fiscalidad incide en las decisiones de las empresas siendo en sí un motivo económico coherente. Situarse en una mejor situación fiscal sin eludir ningún impuesto. Se pide que el negocio tenga causa. La necesidad de motivos económicos válidos frente a la realidad económica de las operaciones. Por ello hay que construir relaciones creando valor.

## 11. NOS DICTAN NORMAS

Nos imponen las reglas, reglas establecidas por el Poder Ejecutivo, son constricciones permanentes sobre la inteligencia política<sup>16</sup> del poder de decisión de los ciudadanos.

Básicamente podemos encontrarnos con cuatro tipos de reglas:

- Reglas que establecen lo que se consideran rentas exentas.
- Reglas que establecen dietas en concepto de gastos de representación.
- Reglas que marcan un límite máximo en cuanto al establecimiento de reducciones.
- Reglas que establecen unos límites respecto de los gastos en concepto de pago de intereses en la financiación de la empresa, gastos deducibles por representación, publicidad, etc.

De esta forma, vemos como el derecho tiene el poder real para moldear las decisiones que toman las empresas desde los incentivos fiscales hasta la fijación de precios.

<sup>15</sup> Decisión de la Comisión (2007/75/CE) de 22 de diciembre de 2006, por la que se crea un grupo de expertos sobre precios de transferencia (DO L 32, 6 de febrero de 2007). Entre los cometidos de este grupo cabe destacar el de «crear un espacio en el que los expertos de las empresas y de las administraciones fiscales nacionales puedan debatir sobre los problemas relacionados con los precios de transferencia, que obstaculicen las actividades empresariales transfronterizas en la Comunidad» o el de «asesorar a la Comisión en las cuestiones fiscales relacionadas con los precios de transferencia».

<sup>16</sup> MONTAÑÉS, P.: *Inteligencia Política*, Pearson, Madrid, 2012.

Desde dos puntos de vista:

- a) Determinación legal: el establecimiento del marco normativo es condición necesaria y suficiente para generar cambios en el comportamiento de la sociedad.
- b) El Derecho como instrumento, con un poder limitador, pero en absoluto despreciable para moldear la toma de decisiones, el comportamiento de la sociedad.

Un cambio normativo no solo tiene efectos a corto plazo sobre las decisiones presentes, sino que afecta a la evolución de las preferencias en el futuro. Tal y como señala Geoffrey HODGSON<sup>17</sup>, los cambios en las restricciones legales pueden dar lugar a cambios en los hábitos de pensamiento y de comportamiento, y sobre los nuevos hábitos de pensamiento y comportamiento surgen nuevas preferencias e intenciones.

Como señala Javier SALINAS<sup>18</sup>, el poder pedagógico del derecho descansa en el hecho de que su capacidad para limitar, alterar o estructurar la conducta, aunque limitada, da lugar a nuevas percepciones y disponibilidades dentro de los individuos.

Las normas fiscales establecen los deberes de cumplimiento sobre la declaración de forma correcta, son los ciudadanos los responsables de aplicar y cumplir, y la Administración de hacer cumplir las normas, que los ciudadanos a través de los intermediarios fiscales comprenden y, por lo tanto, comienzan a confiar en que ciertas normas y reglas tienen su fundamento, y que en el margen son eficaces para el sostenimiento del estado del bienestar, entonces a largo plazo, la presión fiscal a través de la contención del gasto público, déficit cero, ajuste presupuestario, entrada del sector privado en la gestión de los servicios públicos, mejora del rendimiento económico en general, así vemos como este tipo de medida ofrece mayor potencialidad en su utilización.

La expresión legal del establecimiento del derecho fiscal incluye tanto un componente de obligatoriedad como un componente de fundamentación motivacional. Mientras que el componente de obligatoriedad ordena actuar con arreglo a la disciplina del derecho fiscal, el componente de fundamentación motivacional induce a los empresarios a actuar con base en un comportamiento marcado por la normativa vigente, derecho positivo, que evite la incorrecta aplicación de la norma, evitando el régimen de infracciones y sanciones.

En mi opinión, desde finales del siglo XX, el problema no es la economía; el problema es el sistema financiero y los tributos, siendo la solución la aplicación del Derecho Financiero y

---

<sup>17</sup> Vid. HODGSON, G. M.: «The hidden persuaders: institutions and individuals in economic theory», *Cambridge Journal of Economics*, 27, 2003, págs. 159-175.

<sup>18</sup> Vid. SALINAS, J.: «Innovaciones en el entramado institucional de la gestión de los presupuestos públicos: introducción a la economía política de las reglas e instituciones fiscales», en *Economía Política de las Reglas e Instituciones Fiscales*, Textos de Economía, Caja España, León, 2008, pág. 40.

Tributario. El problema no son los números, las matemáticas, sino el porqué de los números y de las matemáticas, siendo los impuestos un tributo de suma cero.

Por lo tanto, respondiendo a la pregunta ¿tiene el Derecho algún poder real para moldear las decisiones fiscales de las empresas?

El artículo 16.2 del TRLIS ya indicaba que las personas o entidades vinculadas deberán mantener a disposición de la Administración tributaria la documentación que se establezca reglamentariamente. Dicha documentación no será exigible a las personas o entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en el periodo impositivo sea inferior a 10 millones de euros, siempre que el total de las operaciones realizadas en dicho periodo con personas o entidades vinculadas no supere el importe conjunto de 100.000 euros de valor de mercado. Para determinar el importe neto de la cifra de negocios se tendrán en consideración los criterios establecidos en el artículo 108 de esta ley. No obstante, deberán documentarse en todo caso las operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que residan en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, excepto que residan en un Estado miembro de la UE y el sujeto pasivo acredite que las operaciones responden a motivos económicos válidos y que esas personas o entidades realizan actividades económicas.

Las personas o entidades vinculadas, con objeto de justificar que las operaciones efectuadas se han valorado por su valor de mercado, deberán mantener a disposición de la Administración tributaria, de acuerdo con principios de proporcionalidad y suficiencia la documentación específica que se establezca reglamentariamente.

Dicha documentación tendrá un contenido simplificado en relación con las personas o entidades vinculadas cuyo importe neto de la cifra de negocios, definido en los términos establecidos en el artículo 101 de esta ley, sea inferior a 45 millones de euros.

Comparando la redacción del primer párrafo del artículo 16.2 del TRLIS, con respecto al artículo 18.3 de la LIS, comprobamos que se ha incorporado un nuevo término en este nuevo artículo 18.3 llamado «principio de proporcionalidad y suficiencia», en cuanto a la elaboración de la documentación se refiere, que es equivalente a lo preceptuado en el artículo 18.2 del RIS, cuando indica que la documentación prevista en el artículo 16.2 del TRLIS, o sea, a la documentación que se establezca reglamentariamente, tiene el siguiente contenido: «2. La documentación a que se refiere esta sección deberá elaborarse teniendo en cuenta la complejidad y volumen de las operaciones, de forma que permita a la Administración comprobar que la valoración de las mismas se ha ajustado a lo previsto en el artículo 16 de la ley del impuesto. En su preparación, el obligado tributario podrá utilizar aquella documentación relevante de que disponga para otras finalidades [...]». Tanto el principio de proporcionalidad y suficiencia, evocado en el primer párrafo del apartado 3 del artículo 18 de la LIS, como los términos «complejidad» y «volumen de las operaciones» del actual artículo 18.2 del reglamento, no dejan de tener cierta indeterminación, por lo que el término actual como los anteriores generan inseguridad jurídica por su imprecisión.

Desde la STS de 17 de abril de 2014, que al margen de declarar nulos algunos de los preceptos contenidos en el RIS, ha dictaminado que determinados preceptos reglamentarios debían estar recogidos en la ley y no en el reglamento, es por lo que se ha incorporado a la nueva ley otros preceptos que actualmente se encuentran en el reglamento debido a que la anterior normativa adolecía de un problema de rango de ley o jerarquía legal, por lo que nos encontramos ante el primer ejemplo de incorporación de un texto reglamentario a la nueva ley, aunque con una nueva redacción.

- Exoneración global eliminada:

Si observamos la comparativa del segundo párrafo de ambos artículos, se aprecia el cambio producido al eliminarse el primer filtro de exoneración de documentación previsto para las empresas de reducida dimensión (ERD) siempre que el importe conjunto de las operaciones vinculadas no supere los 100.000 euros, por una documentación de «contenido simplificado» en relación con las personas o entidades vinculadas cuyo importe neto de la cifra de negocios, definido en los términos establecidos en el artículo 101 de esta ley, sea inferior a 45 millones de euros.

- Contenido simplificado:

En lo que se refiere a la elaboración de la documentación específica, el apartado 3 del artículo 18 indica que: «Dicha documentación tendrá un contenido simplificado en relación con las personas o entidades vinculadas cuyo importe neto de la cifra de negocios, definido en los términos establecidos en el artículo 101 de esta ley, sea inferior a 45 millones de euros».

Los requerimientos de documentación en materia de operaciones vinculadas se sitúan en el marco del derecho material, que se compone de una serie de normas y contranormas que recíprocamente constituyen la base de la documentación de las operaciones vinculadas en materia de valoración con el cumplimiento del valor normal de mercado que deben cumplir los contribuyentes que realicen operaciones vinculadas por valor superior a 250.000 euros. El contribuyente tiene que probar con la documentación todos aquellos hechos que sin negar la relación jurídica como existente y válida excluyen la pretensión del sujeto pasivo con base en los hechos exteriores de la propia relación. El sujeto pasivo tiene la carga de probar con la documentación todos los elementos que componen el régimen de las operaciones vinculadas (art. 18 LIS).

Hay obligación de presentación de documentación simplificada que justifique la operación vinculada, cuando las empresas tengan una cifra de negocio inferior a 45 millones, y obligación de presentación de documentación normal que justifique la operación vinculada, para aquellas empresas que superen esta cifra de negocio.

Se reducen también en la regulación de las operaciones vinculadas las sanciones e infracciones. Así como se reduce y se simplifican los métodos de valoración y justificación de dichas operaciones valoración a cinco, de los cuales se puede elegir indistintamente cualquiera de ellos para valorar y justificar las operaciones vinculadas, con base en los criterios que se determinen. Sin la necesidad,

como marca la norma actual que será modificada, de tener que elegir un primer método que valore y justifique para poder pasar al siguiente y así sucesivamente, lo que hace verdaderamente compleja la valoración y justificación de las operaciones vinculadas con la norma actual que se pretende reformar.

Estas son las circunstancias en que ya están inmersas la mayoría de sociedades y entidades: el cumplimiento con las obligaciones de documentación. Por ello, hemos considerado que podría resultar útil exponer los criterios, que estimamos que ha de llevarse a cabo la documentación de las operaciones vinculadas, en el impuesto sobre sociedades, de acuerdo con los nuevos preceptos, que, de ahora en adelante, deberán aplicarse.

## 12. LA FIGURA DEL INTERMEDIARIO FISCAL

Con el objetivo de continuar a la vanguardia en la gestión de la recaudación de los tributos, administraciones como la Agencia tributaria de Cataluña apuestan por implantar un modelo de gestión basado en la confianza mutua que existe entre el contribuyente y su asesor, de tal forma que el asesor se convierte en colaborador, intermediador fiscal, permitiendo concentrar la labor de la Agencia tributaria en el control de los operadores económicos que se encuentran al margen de la ley fiscal. De esta forma nos encontramos con un sistema de gestión fundamentado en la cooperación entre el sector público y el sector privado.

Las Administraciones fiscales de los países más avanzados del mundo ya han superado el modelo tradicional de control generalizado y están importando un modelo de gestión tributaria basado en la confianza en el conjunto de los contribuyentes y en la colaboración con los intermediarios fiscales<sup>19</sup>, que les permite concentrar la acción administrativa en el control de los operadores económicos que deliberadamente se sitúan al margen de la ley.

Los intermediarios fiscales (gestores, abogados, auditores, censores jurados, economistas, técnicos tributarios, titulados mercantiles, graduados sociales, etc.) pueden contribuir decisivamente a mejorar el porcentaje de cumplimiento voluntario, de manera que los recursos (siempre escasos) de la Administración podrán destinarse preferentemente a la lucha contra la economía sumergida (no declarantes) y a hacer frente al fraude fiscal de mayor intensidad (delincuencia fiscal). Por muy completos que sean los servicios de asistencia de la Administración tributaria, la experiencia demuestra que sin la intervención de los denominados intermediarios fiscales, actualmente sería del todo imposible gestionar un sistema tributario tan complejo como el que se ha creado en los últimos 30 años.

Los intermediarios fiscales son un factor importante a la hora de organizar las relaciones entre la Administración tributaria con los contribuyentes puesto que son ellos quienes, con fre-

---

<sup>19</sup> Esta propuesta ya está en vías de ser implantada en la Comunidad Autónoma de Cataluña, a iniciativa del consejo asesor de la Administración tributaria de Cataluña.

cuencia, les atienden en primera instancia y les aconsejan sobre las mejores alternativas que les ofrece la normativa vigente. Son los intermediarios fiscales quienes mejor conocen la realidad de la situación de cada uno de sus clientes y, a menudo, los que asumen las consecuencias jurídicas de sus decisiones. Por tanto, además del despliegue institucional que requiere la creación de una Administración tributaria, hay que tener muy presente que la eficacia de la acción de los organismos públicos responsable de la aplicación de los tributos dependerá en buena medida de su capacidad de conseguir la cooperación e, incluso, la complicidad del sector privado. Si ello es así, y aunque no se trate propiamente de una red institucionalmente vinculada a la Administración tributaria, para mejorar los resultados de la gestión tributaria ordinaria sin incurrir en unos costes excesivos de administración, habría que contar con una interlocución permanente con el conjunto de los intermediarios fiscales, con quienes sería conveniente establecer mecanismos de intercambio de información y de conciliación de criterios interpretativos, a fin de promover el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias en beneficio de todos.

Los intermediarios fiscales son los profesionales que asesoran, preparan y, a menudo, presentan las liquidaciones tributarias de los contribuyentes, constituyendo un elemento fundamental en la estructura del sistema fiscal. Son gestores administrativos, graduados sociales, abogados, auditores, censores jurados de cuentas, economistas, titulados mercantiles, técnicos tributarios, etc., quienes contribuyen decisivamente en la mejora del cumplimiento de las normas fiscales, de manera que los recursos de la Administración pública se pueden destinar de forma preferente a la lucha contra la economía sumergida y el fraude fiscal.

Es evidente que la Administración tributaria presta un servicio de asistencia a los contribuyentes, los órganos de la agencia facilitan información sobre el cumplimiento de las normas, pero la experiencia demuestra que son los colaboradores sociales (art. 92 LGT) los que llevan a cabo una labor de confianza mutua como intermediarios fiscales con el contribuyente. De tal forma que lo que demanda la Administración pública es cooperación y complicidad por parte del sector privado en el cumplimiento de las normas fiscales para erradicar la economía sumergida y el fraude fiscal, como lacra del estado de bienestar que todos deseamos y nos merecemos. Los tributos son el precio de la civilización, que, en libertad, desea tener un determinado estado de bienestar, recordemos que en la jungla no se pagan tributos.

El objetivo es establecer la vía del cumplimiento cooperativo con los intermediarios fiscales para establecer mecanismos de intercambio de información, conciliación de posturas, interpretaciones de las normas, a fin de promover el cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales en beneficio de todos con el objetivo de reducir la conflictividad en las relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes, mejorando la confianza recíproca y la seguridad jurídica en beneficio de la eficacia del sistema, *just culture*<sup>20</sup>. Tengamos en cuenta la capacidad de

<sup>20</sup> Vid. BONELL COLMENERO, R.: «Concienciación cívico-tributaria en el S. XXI. Just Culture», en *Anuario Jurídico Económico Escorialense*, vol. XLVIII (2015), Madrid, 2015, págs. 501-522. URL: <<http://www.rcumariacristina.net:8080/ojs/index.php/AJEE/article/download/226/pdf>>.

influencia que tienen los asesores financieros y tributarios en la toma de decisiones de los contribuyentes. Con la implementación de este sistema, con las garantías correspondientes de que nos encontramos ante profesionales con una óptima formación técnica, contribuye a la mejora del cumplimiento voluntario sin necesidad de un control intensivo *a posteriori* por parte de la Administración tributaria como sucede ahora.

Para incentivar la instauración de este sistema, cabe contar con reducciones, exoneración de sanciones en el supuesto de encontrarnos ante un error de interpretación de la norma, en los supuestos en que el contribuyente ha contado con el asesoramiento de un profesional sometido al control deontológico, siempre que sea una discrepancia razonable en la interpretación de la norma, tal y como establece el artículo 179 de la LGT.

El objetivo, por tanto, es utilizar a los intermediarios fiscales para que a través de su impacto en la concienciación cívico-tributaria aumente el cumplimiento voluntario por parte de los contribuyentes, llegando a ser el *hub* de última generación, para transmisión del conocimiento fiscal y recepción-canalización de las autoliquidaciones de los contribuyentes, siendo el nexo vital entre el contribuyente y la Administración tributaria, gracias a la amplia experiencia para dar soporte a los ciudadanos de una manera inmediata, ágil y eficiente, no porque la Administración tributaria no quiera o no pueda ofrecerlo, sino por el espíritu de arbitrariedad que lleva aparejada la figura del intermediario fiscal. La figura del intermediario fiscal como el profesional que asesora, prepara y ejecuta las obligaciones tributarias de los contribuyentes, junto con la necesaria acreditación de la formación como experto contable y fiscal, es la materialización de la actuación profesional sobre la acción de la contabilidad, y la aplicación del régimen fiscal, de un código deontológico de funcionamiento, dentro de la regulación técnica del ejercicio de la profesión basado en los principios de libertad, responsabilidad y utilitarismo, que no difiere de la manera en que se han organizado otras profesiones otorgándose a sí mismas sus propias reglas de funcionamiento técnicas y deontológicas.

### 13. CONCLUSIONES

El entorno de los negocios en el siglo XX y XXI se está caracterizando por el volumen y la complejidad normativa, circunstancia que a través del impulso de la OCDE, y el G20 a través de BEPS, se incentiva una serie de normalización estandarizada a nivel internacional.

El volumen de normas, reglamentos y órdenes ministeriales requiere de expertos que velen por el cumplimiento de forma estricta y prevean de manera razonable la realidad de la legislación proyectada.

La década de los noventa y los primeros años de este siglo han sido testigos del fenómeno del desarrollo del comercio electrónico, las tecnologías relacionadas con la informática y las telecomunicaciones, siendo objeto de explotación comercial a nivel global. Las nuevas tecnologías

de la información, de la comunicación y el transporte, junto con la liberalización de los mercados, han impulsado el desarrollo e internacionalización de la economía sin precedentes.

El sistema fiscal se integra dentro del subsistema jurídico y de otro subsistema que es el económico. Ninguno es en sí un sistema cerrado. De ahí su interconexión entre ellos y con un asesoramiento jurídico y tributario en el mejor de los casos único, pero las operaciones vinculadas no son mecánicas, sino que tienen que concebirse como recíprocas operaciones que mantienen interactivas las pulsiones de los diferentes aspectos de la vida de la empresa, del mercado en el que desenvuelven, de la coyuntura económica. En este sentido las entidades, las empresas –ERD–, EMN –transnacionales–, al establecer los precios de transferencia en sus operaciones vinculadas actúan o deben actuar jurídicamente, y, a su vez, el paradigma de su actuar con arreglo a Derecho no puede prescindir de la dimensión económica de la acción.

La complejidad actual del mundo de los negocios ha conducido a que tanto las empresas como las Administraciones tributarias se vean en la necesidad de dar instrucciones muy concretas del modo de llevar a cabo sus operaciones vinculadas, a través de protocolos de actuación, que no solo persiguen la eficacia, sino especialmente que se llevan a cabo estas actividades de negocio de una forma ética y sostenible cumpliendo siempre con la legalidad. Siendo necesaria la labor que realizan los intermediarios fiscales, para el buen hacer en la determinación de la base imponible y la correcta aplicación de los tributos. No cabe duda de que como señala el Consejo Europeo de la Abogacía, hay muchos objetivos atractivos establecidos, que son claramente de interés público en términos de alcanzar una relación más eficaz entre las autoridades tributarias, los contribuyentes y los intermediarios que los aconsejan. Cabe destacar como Cataluña apuesta definitivamente por poner en valor la labor que realizan los asesores financieros y tributarios en el cumplimiento de las normas fiscales, al establecer la figura del intermediario fiscal, profesional que se sitúa entre el obligado tributario y la Agencia tributaria con el fin de mejorar y de acercar posiciones en los deberes de cumplimiento de las obligaciones fiscales, facilitando la información, instruyendo y formando a los obligados tributarios<sup>21</sup>.

El cumplimiento de las normas y los protocolos de documentación con la responsabilidad empresarial, estándares éticos que afectan a la actividad de la empresa, ante la presión para potenciar el control de los precios de mercado, el seguimiento de las operaciones, han llevado a elaborar el estándar internacional sobre sistemas de gestión del cumplimiento, a través de las normas. Introduciendo la dimensión ética dentro de los cometidos propios del cumplimiento a valor de mercado, tal y como establece el artículo 18.1 de la LIS: «Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor de mercado. Se entenderá por valor de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia».

<sup>21</sup> A modo de reflexión se recomienda leer la colaboración que realiza el profesor COSTAS: «El papel del intermediario fiscal». URL: <[http://www.apttcb.cat/descargar\\_articulo/57](http://www.apttcb.cat/descargar_articulo/57)>.

El cumplimiento normativo no es más que una manifestación de la ética aplicada a los negocios. Cumplimiento y ética son conceptos que van unidos de la mano. De tal forma que se espera de los responsables del cumplimiento de la legalidad, no solamente que observen una conducta ética, sino que hagan observar una conducta ética en las personas y las entidades que se vinculan con la organización. Teniendo en cuenta el artículo 18 de la LIS:

- Partes vinculadas, perímetro de vinculación (art. 18.2 LIS).
- Principio de proporcionalidad y suficiencia. Límites de exoneración global (art. 16.2 TRLIS) vs. Documentación con contenido simplificado (art. 18.3 LIS).
- Determinadas obligaciones específicas de documentación (art. 20.3 TRLIS) vs. Obligaciones exigibles en su totalidad (art. 18.3 LIS).
- Operaciones a las que no será exigible la documentación (art. 18.3 LIS).
- Métodos de valoración (art. 18.4 LIS).
- Deducibilidad de los gastos por prestaciones de servicios (art. 18.5 LIS).
- Prestación de servicios de un socio profesional, persona física, a una entidad vinculada (art. 18.6 LIS).
- Requisitos de los Acuerdos de Reparto de Costes (art. 18.7 LIS).
- Precisión para contribuyentes que posean un establecimiento permanente en el extranjero (art. 18.8 LIS).
- Solicitud de valoración previa a la Administración (art. 18.9 LIS).
- Facultad de comprobación de valores por la Administración tributaria y determinación de las rentas que se deriven del ajuste para el conjunto de las partes intervinientes en la operación (art. 18.10 LIS).
- Ajuste secundario (art. 18.11 LIS).
- Regulación reglamentaria de la comprobación de valores (art. 18.12 LIS).
- Infracciones y sanciones (art. 18.13 LIS).
- Efectos de la valoración en otros impuestos (art. 18.14 LIS).

Todo ello, tal y como se recoge en el preámbulo de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades, el régimen de las operaciones vinculadas fue objeto de una profunda modificación con ocasión de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, y que tuvo como elemento esencial la introducción de unas obligaciones de documentación específicas exigibles a las operaciones vinculadas.

El tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas constituye un elemento trascendental internacionalmente, al cual se dedican específicamente tanto la UE como la OCDE. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse, precisamente, en concordancia con las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y con las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo.

En el ámbito de las operaciones vinculadas, esta ley presenta novedades en relación con la documentación específica a elaborar por las entidades afectadas, que tendrá un contenido simplificado para aquellas entidades o grupos de entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior a 45 millones de euros, y no será necesaria en relación con determinadas operaciones. También es novedosa la restricción del perímetro de vinculación, perímetro que fue escasamente alterado en la Ley 36/2006 y respecto del cual se ha puesto de manifiesto la necesidad creciente de restringir los supuestos de vinculación en el ámbito de la relación socio-sociedad, que queda fijado en el 25% de participación.

En relación con la propia metodología de valoración de las operaciones, se elimina la jerarquía de métodos que se contenía en la regulación anterior para determinar el valor de mercado de las operaciones vinculadas, admitiéndose, adicionalmente, con carácter subsidiario otros métodos y técnicas de valoración, siempre que respeten el principio de libre competencia.

Asimismo, se establecen en esta ley reglas específicas de valoración para las operaciones de los socios con las sociedades profesionales, ajustadas a la realidad económica.

Hoy cabe destacar como la predominancia del ámbito financiero, fiscal, económico, inversión, crecimiento, préstamo lo ha invadido todo, derivando en la gestión –el *management*, empoderar, la gobernanza, la imposición de los criterios, de la toma de decisiones, más regulación, para imponer los criterios, sirvan de ejemplo los artículos 36 de la LIS y 9 del RIRPF.

Volviendo a poner de relieve por parte de los asesores financieros y tributarios, como de la Agencia tributaria, el criterio de la cláusula «Van Halen» en los contratos, para verificar el cumplimiento y la puesta de manifiesto del principio *just culture*, confianza mutua.

Siguiendo a GÓNZALEZ MÉNDEZ<sup>22</sup>, la doctrina científica y los órganos decisores en el ámbito de aplicación de los tributos deben plantearse la necesidad de recurrir al principio de buena fe, de confianza mutua, construirlo o reconstruirlo desde las peculiaridades de la relación jurídico tributaria. Los servicios que puede rendir, tanto a la satisfacción del interés público como al respeto de las funciones de gestión de la Administración tributaria y la casi inexistente fe en las bondades del deber de contribuir a la financiación de las necesidades colectivas. Solo así

<sup>22</sup> GONZÁLEZ MÉNDEZ, A.: *Buena fe y Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

será posible que el concepto de democracia recobre el pleno vigor de su significado: el *demos* influye y/o constituye un auténtico *cratos*; solo puede haber legitimidad en la tarea de definir los objetivos del poder –aunque sea a través de las intermediaciones típicas de los sistemas democrático-representativos–, si el antiguo súbdito, hoy metamorfoseado en «ciudadano», entiende que entre él y el Estado –representación institucional del nosotros– hay, más que pugna y beligerancia, un común objetivo de construcción de una arquitectura social justa y solidaria, de modo que van sedimentando una estimable cultura jurídica del deber de hacer, que contribuye a la justicia y a la paz.

El Derecho ha de tener la suficiente flexibilidad para adaptarse al cambio social y la suficiente estabilidad para aportar seguridad jurídica.

Somos capaces de utilizar todos los avances que proporcionan las tecnologías de la información en el siglo XXI, que permiten practicar la trazabilidad de las operaciones comerciales, estableciendo sistemas armonizados, homogéneos a nivel sector público y sector privado, incluso a nivel organizaciones internacionales, todos con el mismo sistema para el control de las operaciones, que garanticen que todo lo que se ha registrado en la contabilidad y en los libros registro de facturas emitidas y libros registro de facturas recibidas, libro registro de bienes de inversión, son ciertos, no se han modificado. Hacia una convergencia entre las operaciones realizadas, los medios de pago realizados, terminales de los puntos de venta, cajas registradoras, para eso tenemos la tecnología. De tal forma que los contribuyentes que cumplen con la seguridad jurídica pertinente, con la seguridad operativa, sabiendo que si cumplimos los estándares no vamos a tener ningún problema, porque estamos cumpliendo con el sistema fiscal vigente, garantizando que se están declarando todas las operaciones realizadas. Permite un control sencillo a la Administración, suponiendo un ahorro en los recursos públicos, pudiendo concentrar más recursos a la persecución del fraude fiscal y de la economía sumergida. Siguiendo en esta línea se ha desarrollado el Código de Buenas Prácticas: un instrumento de gobernanza fiscal para las empresas españolas. El Código de Buenas Prácticas tiene como objetivo promover una relación recíprocamente cooperativa entre la Agencia tributaria y las empresas que lo suscriban. Elaborado por el Foro de Grandes Empresas, es de aplicación a aquellas que se adhieran plenamente al Código, a través de un acuerdo del consejo de administración u órgano equivalente. El Informe anual de gobierno corporativo de las empresas adheridas debe reflejar el efectivo cumplimiento del Código. Su no inclusión puede ser entendida como una renuncia al mismo.

El Código de Buenas Prácticas contiene recomendaciones, voluntariamente asumidas por la Administración tributaria española y las empresas con el objetivo de mejorar la aplicación de nuestro sistema tributario a través de: la cooperación y la confianza entre la Administración y las empresas; la aplicación de políticas responsables por parte de estas últimas.

La mayor complejidad de las empresas con operativas internacionales exige una adecuada gestión de los riesgos que conlleva el cumplimiento de las obligaciones tributarias, para lo que es necesaria dicha cooperación Administración tributaria –empresas–.

Transparencia, buena fe y cooperación con la Agencia tributaria en la práctica fiscal empresarial: lo que implica evitar el uso de estructuras opacas o el compromiso de que el consejo de administración de las empresas esté debidamente informado de las políticas fiscales aplicadas por cada entidad, antes de su realización y de la presentación de las cuentas anuales o el impuesto sobre sociedades.

Transparencia y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación de las normas tributarias por parte de la Agencia tributaria, en lo que respecta a la aplicación de los criterios interpretativos derivados de la doctrina administrativa y jurisprudencial y su puesta en conocimiento de los contribuyentes.

Reducción de la litigiosidad y evitación de conflictos, potenciando el acuerdo en todas las fases del procedimiento inspector, hacia soluciones pactadas entre la Administración y los contribuyentes, a la hora de resolver las discrepancias sobre la interpretación de las normas tributarias o la percepción de los hechos a los que se aplica la norma.

El Código de Buenas Prácticas incorpora una serie de acciones, que las empresas pueden aplicar, de forma voluntaria. Es importante señalar que dicha aplicación puede llevarse a cabo con independencia del tamaño de las empresas y que sirve de baremo reputacional para las mismas.

Por último, y no por ello menos importante, el acuerdo para instrumentalizar la externalización de los servicios tributarios llevados a cabo por la figura de los intermediarios fiscales sería bien a través de un contrato de colaboración público-privada, se trata de una modalidad contractual prevista por la Comisión Europea en el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, reflejado también en el propio artículo 11 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLRSP), bien a través de esta modalidad contractual, la Administración puede encargar a una entidad de derecho privado, por un tiempo determinado, la realización de una actuación global e integrada, sobre prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado<sup>23</sup>. O bien, en virtud del artículo 8 del TRLRSP, mediante el contrato de gestión de servicios públicos, modalidad óptima para dar cauce a una externalización tributaria. El control queda en poder de la Administración que somete a concurso la concesión administrativa de servicio público. En todo caso, los asesores financieros y tributarios, actuando de intermediarios fiscales, han de estar a la altura de estas nuevas funciones que se les encomendaría, como facilitadores en la resolución de conflictos, como mediadores y acercando posicio-

<sup>23</sup> Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: «El contrato de colaboración público-privada», en *Revista de Administración pública*, n.º 170, mayo-agosto de 2006, Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT), Madrid, 2006, págs. 7-39. Disponible el 4 de enero de 2016, 10:21H PM. URL: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistas-electronicas?IDR=1&IDN=621&IDA=26467>>.

nes entre la Administración y el contribuyente. Conectando con la sociedad, puesto que tenemos 2.500 entidades multinacionales, de las que 500 son líderes mundiales en su sector, lo que coloca a las empresas españolas como contribuyentes en una posición sobresaliente, además de tener en cuenta que somos un continente y un país de entidades de reducida dimensión, que si erradicamos la competencia desleal que supone la economía sumergida, alcanzaremos el estado de bienestar que toda sociedad desea con una menor presión fiscal. Fomentando la inversión, la contratación, la seguridad jurídica, sin seguridad jurídica no hay Estado de Derecho, no olvidemos que vivimos un tiempo de legislación motorizada, de gran profusión normativa y reglamentaria lo que tiene dos consecuencias: la minusvaloración de las normas, porque siempre se desprecia lo que abunda, y el descenso de la calidad desde el punto de vista formal y material. Recomendando cuidar el fondo y la forma de cómo se legisla proporcionando una mayor seguridad jurídica, siendo un activo para la atracción de inversión en el Reino de España.

## Bibliografía

- ARNOLD, B. [2010]: «The Interpretation of Tax Treaties: Myth and Reality», *Bulletin for International Taxation*, vol. 64, n.º 1, 2010.
- [2011]: «An Introduction to the 2010 Update of the OECD Model Tax Convention», *Bulletin for International Taxation*, vol. 65, n.º 1.
- AVERY JONES, J. F. [2009]: «2008 OECD Model: Place of Effective Management –What one Can Learn from the History», *Bulletin for International Taxation 2009*, vol. 63, n.º 5, IBFD, Ámsterdam, págs. 183-186.
- AVI-YONAH, R. S. [2005]: «All of a Piece Throughout: The Four Ages of US International Taxation», *Virginia Tax Review*, vol. 25, n.º 2, págs. 313-337.
- [2005]: «Tax Treaty Overrides: A Qualified Defense of US Practice» 12 de octubre de 2005. Disponible en SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=829746>>.
- BAKER, P. [2011]: *Double Taxation Conventions: a Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*, Sweet and Maxwell 2002/2011.
- BENSHALOM, H. [2008]: «A Comprehensive Solution for a Targeted Problem: A Critique of the European Union's Home State Taxation Initiative», en *European Taxation*, diciembre 2008, IBFD, Ámsterdam.
- BONELL COLMENERO, R. [2015]: «Concienciación cívico-tributaria en el S. XXI. Just Culture», en *Anuario Jurídico Económico Escorialense*, vol. XLVIII, Madrid, págs. 501-522.
- [2016]: *Operaciones vinculadas: los deberes de documentación*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid.
- BRINKER, T. M. y SHERMAN, R. [2003]: «Comparing the US, OECD, and UN Model Tax Conventions», *Journal of Financial Service Professionals*, Bryn Mawr, marzo, vol. 57, n.º 2, pág. 68.
- [2005]: «International Double Taxation: The Basics», *Journal of International Taxation*, 16.
- BUTI, M. y VAN DEN NOORD, P. [2008]: «La política fiscal en la UEM: normas, discrecionalidad e incentivos políticos» en *Economía Política de las Reglas e Instituciones Fiscales*, Textos de Economía, Caja España, León, págs. 171-218.
- CALVO ORTEGA, R. [2009]: «La externalización de servicios y funciones tributarias: un debate actual», en *Nueva Fiscalidad*, n.º 4, julio-agosto, Dykinson, Madrid, págs. 9-20.
- CASAS AGUDO, D. [2015]: *La externalización de la Gestión Tributaria. Régimen Jurídico y Límites*, Thomson Reuters, Pamplona.
- CERIONI, L. [2006]: «The Possible Introduction of Common Consolidated Base Taxation via Enhanced Cooperation: Some Open Issues», en *European Taxation*, mayo, págs 187 196, IBFD, Ámsterdam.
- CHARTERED INSTITUTE OF TAXATION [2003]: «The Experimental Application of 'Home State Taxation' to Small and Medium-sized Enterprises in the EU», *Response to European Commission Consultation Paper of January 2003*. Disponible en <<http://www.tax.org.uk/tax-policy/public-submissions/2003/home-state-taxation-ec-consultation>>.
- COSTA, M.; DURÁN, J. M.; ESPASA, M.; ESTELLER, A. y MORA, A. [2005]: *Teoría Básica de los Impuestos: un Enfoque Económico*, Thomson Civitas, Navarra, págs. 117-118.
- DEUTSCHE BANK RESEARCH [2007]: *One Europe One Tax? Plans for a Common Consolidated Tax Base*.

DEVEREUX, M. [2004]: «Debating Proposed Reforms of the Taxation of Corporate Income in the European Union», *International Tax and Public Finance*, vol. 11, Kluwer Academic Publishers, Países Bajos, págs. 71-89.

DEVEREUX, M. y LORETZ, S. [2007]: *The Effects of EU Formula Apportionment on Corporate Tax Revenues*, Oxford Centre for Business Taxation, Working Paper n.º 07/06.

DICKESCHEID, T. [2004]: «Exemption v Credit Method», *International Tax and Public Finance*, 11, págs. 721-739.

EU [2005]: *EC Law and Tax Treaties*. Workshop of Experts, 5 July 2005. TAXUD E1/FR DOC (05) 2306.

EU COMMISSION [2005]: *Annex to the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. «Tackling the Corporation Tax Obstacles of Small and Medium-Sized Enterprises in the Internal Market – Outline of a Possible Home State Taxation Pilot Scheme»*, SEC (2005) 1785.

– [2011]: *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)* COM (2011)121/4.

GAMMIE, M. [2001]: «Corporate Tax in Europe – Paths to a Solution», en *British Tax Review*, 4, Reino Unido, págs. 233-249.

GASSNER, W.; LANG, M. y LECHNER, E. [2007]: *Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, Países Bajos.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. [2006]: «El contrato de colaboración público-privada», en *Revista de Administración pública*, n.º 170, mayo-agosto, Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT), Madrid, págs. 7-39.

GONZÁLEZ MÉNDEZ, A. [2001]: *Buena fe y Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid.

GRAVELLE, J. G. [2004]: «Issues in International Tax Policy», *National Tax Journal*, septiembre, 57, 3, pág. 773.

HARRIS, P. A. [1996]: *Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights between Countries: a Comparison of Imputation Systems*, IBFD, Ámsterdam.

HODGSON, G. M. [2003]: «The hidden persuaders: institutions and individuals in economic theory», *Cambridge Journal of Economics*, 27, págs. 159-175.

HUGHES, D. [2010]: «The Determination of UK Corporate Residence: *Laerstate BV*», *European Taxation* 2010, vol. 50, n.º 2/3, 19 de enero de 2010, IBFD, Ámsterdam.

LANG, M. [2010]: *Introduction to the Law of Double Tax Conventions*, IBFD, Ámsterdam.

LAWRENCE, D. [2011]: «*Smallwood v Revenue and Customs Commissioners*: Part 1 – a Mauritian Mission Explained», en *Private Client Business*, 1, págs. 7-11.

– [2011]: «*Smallwood*: Part 2: Poetic Justice?», *Private Client Business*, 2, págs. 77-82.

LODIN, S. O. y GAMMIE, M. [2001]: *Home State Taxation*, IBFD, Ámsterdam.

MAISTO, G. [2005]: «The Observations on the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties», en *Bulletin for International Taxation*, enero, IBFD, Ámsterdam.

- [2009]: *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, Ámsterdam.
- MEUSSEN, G. T. K. [2004]: «Bosal Holding Case and the Freedom of Establishment: a Dutch Perspective», *European Taxation*, February/March, IBFD, Ámsterdam, págs. 59-64.
- MICHEL, S. D. [2013]: «FATCA – international cooperation and automatic disclosure», en *The FSC Report 2013*, Campden, Londres, págs. 12-15.
- MINTZ, J. [2004]: «Corporate Tax Harmonization in Europe: It's All about Compliance», *International Tax and Public Finance*, 11, Springer, EE. UU., págs. 221-234.
- MONTAÑÉS, P. [2012]: *Inteligencia Política*, Pearson, Madrid.
- OECD [2001]: «The Impact of the Communications Revolution on the Application of "Place of Effective Management" as a Tie Breaker Rule», *Discussion paper from the Technical Advisory Group on monitoring the application of existing treaty norms for the taxation of business profits* <<http://www.oecd.org/dataoecd/46/27/1923328.pdf>>.
- [2003]: *Place of Effective Management Concept: Suggestions for Changes to the OECD Model Tax Convention. Discussion Draft 27 May 2003*, disponible en <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/17/2956428.pdf>>.
- [2008]: *Commentary on Art 4, Para 3 to Model Tax Convention on Income and Capital*, julio, Condensed Version.
- [2010]: *Articles 23A and 23B. Commentary on Model Tax Convention on Income and Capital*, julio, Condensed Version.
- [2010]: *Model Tax Convention on Income and on Capital Condensed*, versión julio, París.
- OLIVER, J. D. B. [1996]: «Company Residence – Four Cases», *British Tax Review*, n.º 5.
- ORDOWER, H. [2010]: «The Culture of Tax Avoidance», en *Saint Louis University Law Journal*, vol. 55, abril, EE. UU., págs. 47-128.
- O'SHEA, T. [2008]: *EU Tax Law and Double Tax Conventions*, Avoir Fiscal Limited, Londres.
- [2010-2011]: «Tax Avoidance and Abuse of EU Law», en *EC Tax Journal*, vol. 11, págs 77-115.
- PUVIANI, A. [1972]: *Teoría de la ilusión financiera*, IEF, Madrid.
- SALINAS, J. [2008]: «Innovaciones en el entramado institucional de la gestión de los presupuestos públicos: introducción a la economía política de las reglas e instituciones fiscales», en *Economía Política de las Reglas e Instituciones Fiscales*, Textos de Economía, Caja España, León, pág. 40.
- SERRANO ANTÓN, F. (dir.) [2009]: *La externalización de servicios tributarios*, Civitas Thomson Reuters, Madrid.
- SCHON, W. [2002]: «The European Commission's Report on Company Taxation: A Magic Formula for European Taxation?», *European Taxation*, agosto, IBFD, Ámsterdam, págs. 276-286.
- SCHONFELD, J. [2004]: «The Cadbury Schweppes Case: Are the Days of the United Kingdom's CFC Legislation Numbered?», *European Taxation*, octubre, IBFD, Ámsterdam, págs. 441-452.
- SCHWARTZ, J. [2011]: *Booth & Schwarz: Residence, Domicile and UK Taxation*, 15.ª ed. Bloomsbury Professional, Reino Unido.

SORENSEN, P. B. [2003]: *Company Tax Reform in the European Union. Paper prepared for the Economic Policy and Research Unit*, Institute of Economics, Universidad de Copenhague, Dinamarca.

TAUSSIG, A. [2011]: «Analysis – European Cross-border Mergers», *Tax Journal*, 24 de enero.

TERRA, B. J. M. y WATTEL, P. J. [2008]: *European Tax Law*, 5th ed. Kluwer, Países Bajos.

VAN EIJSDEN, A.; CZAKERT, E.; KANA, L.; GRAU RUIZ, M. A. y BAKER, P. [2011]: «International Assistance in the Collection of Taxes», en *Bulletin for International Taxation*, abril/mayo, vol. 65, n.º 4/5, 30 de marzo de 2011, IBFD, Ámsterdam.

WEICHENRIEDER, A. [1996]: «Fighting International Tax Avoidance: The Case of Germany», en *Fiscal Studies*, vol. 17, págs. 37-58.

## UNIÓN EUROPEA: PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR FISCALMENTE A LOS NO RESIDENTES

**Análisis de la STJUE de 9 de febrero de 2017, asunto C-283/15**

**Francisco José Cañal García**

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Barcelona*

---

### EXTRACTO

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2017, sobre decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos, constituye un nuevo pronunciamiento sobre la discriminación fiscal de los ciudadanos comunitarios que son contribuyentes del impuesto sobre la renta en un Estado distinto al de su residencia.

Si las ventajas fiscales relacionadas con la capacidad contributiva no se pueden tener en cuenta en el Estado de residencia, porque el contribuyente obtiene la cuantía principal de sus ingresos fuera de este Estado, debe reconocérselas el Estado donde se ejerce la actividad o se tiene el empleo.

En estos casos la posición jurídica del no residente es comparable a la del residente, y en consecuencia las diferencias entre ellos constituyen una discriminación o un obstáculo a las libertades reconocidas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La discriminación no queda desvirtuada por el hecho de que el contribuyente haya obtenido además ingresos en otros Estados, sean estos o no miembros de la Unión Europea.

En el caso objeto de esta sentencia se deben reconocer a los no residentes los rendimientos inmobiliarios negativos, al igual que se hace a los residentes.

---

## 1. SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 9 de febrero de 2017 resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos en el caso X/Staatssecretaris van Financiën, asunto C-283/15 (NFJ065377).

En este caso el contribuyente reside en España, donde no obtiene ingresos, mientras obtiene rendimientos profesionales en los Países Bajos –el 60% de los mismos– y en Suiza el 40% restante. La ley del impuesto sobre la renta de los Países Bajos establece además un gravamen sobre la renta imputada por la vivienda propia, si bien permite deducir gastos, como los intereses por préstamos para la adquisición de vivienda. Si los gastos son superiores a la renta imputada, como sucede en el caso presente, el contribuyente tiene rendimientos negativos que reducen su base imponible.

Al ser residente en otro Estado de la Unión Europea (UE) y obtener rentas en los Países Bajos, la ley neerlandesa le permite optar por el régimen fiscal de los contribuyentes residentes de los Países Bajos, tributando allí en este caso por todos sus rendimientos (renta mundial). Pero el contribuyente prefiere no ejercer esta opción, pues paga menor cuota tributaria total si tributa en los Países Bajos y en Suiza, respectivamente, por los ingresos obtenidos en cada territorio. Si bien en este caso la ley neerlandesa no le permite deducir los rendimientos negativos de su vivienda situada en España, que tampoco puede deducir en España por no obtener aquí ingresos, al margen de que la ley española tampoco contempla esta posibilidad.

El Tribunal Supremo de los Países Bajos plantea si esta imposibilidad de computar los rendimientos negativos es constitutiva de discriminación, en su caso qué Estado debe permitir la deducción y si influye el hecho de que el contribuyente obtenga ingresos en un Estado que no es miembro de la UE.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

El tribunal señala (párrafo 36) que el contribuyente obtiene rendimientos profesionales y tiene derecho a la libertad de establecimiento (art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–) a la que se le aplican los criterios de la jurisprudencia derivada de la libre circulación de los trabajadores (art. 45 TFUE).

También señala que los demandantes están en una situación comparable a la de los residentes, en cuanto al objeto de la pretensión (párrafo 30) porque obtienen la cuantía principal de sus ingresos fuera del territorio de su Estado de residencia (España) y este no puede concederles las ventajas resultantes de la toma en consideración de todos sus ingresos y de su situación personal y familiar (párrafo 38).

En este caso las ventajas fiscales relacionadas con la capacidad contributiva del no residente no se tienen en cuenta ni en el Estado miembro de residencia –España– ni en el Estado miembro de actividad –Luxemburgo– (parágrafos 34 y 35). Luxemburgo, Estado miembro donde el contribuyente obtiene el 60 % de sus rentas, tampoco le reconoce los rendimientos inmobiliarios negativos –como hace a los residentes–, por tanto, el contribuyente sufre discriminación (parágrafo 41).

El reconocimiento de la discriminación no queda desvirtuada por el hecho de que el contribuyente haya obtenido además ingresos en otro Estado miembro de la UE (parágrafo 42) o en Estados que no son miembros de la UE (parágrafo 51).

La prohibición de discriminación se impone «a todo Estado miembro» (parágrafo 51) y su plasmación en cada caso debe ser coherente con los criterios de reparto de competencia tributaria entre los Estados (parágrafo 46). Si bien los Estados tienen libertad para acordar cómo realizan este reparto de competencias, el tribunal llega a afirmar que la ventaja fiscal debe aplicarse «en proporción a la parte de sus ingresos percibidos en el territorio de cada Estado miembro, recayendo en el trabajador por cuenta propia la carga de proporcionar a las administraciones nacionales competentes toda la información sobre sus ingresos mundiales que les permita determinar esta proporción» (parágrafo 47).

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

El TJUE ha emitido ya numerosos pronunciamientos sobre la fiscalidad de los ciudadanos comunitarios que son contribuyentes del impuesto sobre la renta en un Estado distinto al de su residencia. Mediante la aplicación de los principios de no discriminación y de las libertades de circulación, residencia, establecimiento y libre prestación de servicios, el tribunal ha ido atenuando las diferencias entre las obligaciones fiscales de los residentes y los no residentes. En primer lugar, la disparidad en su respectivo tratamiento fiscal por parte de los Estados es, inicialmente, legítima. Pero en ocasiones la posición jurídica de los no residentes es comparable a la de los residentes, y entonces las diferencias constituyen una discriminación o un obstáculo a las libertades reconocidas por el TFUE.

En la resolución de los asuntos que le son sometidos, el tribunal ha ido delimitando un conjunto de supuestos en los cuales los no residentes tienen derecho a recibir de los Estados un trato fiscal igual al dado a los residentes. Para ello ha realizado, según ha ido conociendo los casos, una tarea de análisis de qué normas, de las específicas para los no residentes, resultan admisibles y cuáles han de igualarse con las aplicables a los residentes. A falta de una acción legislativa armonizadora en la imposición sobre la renta, el Tribunal de Justicia está alumbrando, con su labor jurisprudencial, un estatuto fiscal del no residente comunitario.

Las primeras sentencias que mitigaron las diferencias entre residentes y no residentes dictaminaron casos con los siguientes rasgos más relevantes: un no residente, no nacional del país pero sí de otro Estado comunitario, obtiene algunas rentas del trabajo en cuya tributación no puede aplicar alguna de las ventajas fiscales que se conceden a los residentes. El tribunal considera que

esta desventaja supone un obstáculo a la libre circulación de trabajadores que encubre una discriminación por razón de nacionalidad.

Así aparece en la sentencia Biehl (STJCE de 8 de mayo de 1990, asunto C-175/88 [NFJ054680]) en la que un no residente solicita la devolución de retenciones que la Administración de Luxemburgo considera impuesto definitivo al no admitir elementos de subjetivización del impuesto para minorar la cuota por circunstancias personales y familiares. El tribunal admitió que se producía el pago de un impuesto desproporcionado y discriminatorio, contrario a la libre circulación de trabajadores, garantizada en el actual artículo 45 del TFUE.

Hechos similares e igual fundamento jurídico se presentaron en el caso Bachmann (STJCE de 28 de enero de 1992, asunto C-204/90 [NFJ066700]). En este caso el Estado belga no permitía a un no residente deducir las primas de seguro de enfermedad y vejez pagadas en otro Estado y alegaba dificultades para el control de la verificación de los pagos. Este régimen fiscal resultaba muy oneroso pues las primas no eran deducibles y las prestaciones tributarían posteriormente, por lo que había doble imposición. El tribunal reconoció la discriminación y no admitió como causa justificante las dificultades de control, pues el Estado siempre puede solicitar la información oportuna.

Después de esta primera etapa se plantearon otros supuestos que presentaban variaciones con respecto al esquema inicial y que obligan a la elaboración de una doctrina más completa. Estas variantes son:

- El no residente no es nacional de otro Estado, sino del mismo Estado de empleo, donde plantea el litigio.
- El no residente no obtiene algunas rentas del trabajo en el Estado de empleo, sino la totalidad o casi totalidad de sus rentas.
- El no residente no obtiene rentas procedentes de su trabajo por cuenta ajena, sino rentas con otro origen: de actividades económicas, empresariales o profesionales, de capital o pensiones de jubilación.

Ejemplos de estas nuevas sentencias son las siguientes.

La sentencia Werner (STJCE de 26 de enero de 1993, asunto C-112/91 [NSJ000779]) se pronuncia sobre el caso de un nacional alemán que obtiene todas sus rentas de trabajo en Alemania pero que reside en los Países Bajos. Al tributar en Alemania como no residente no puede aplicarse las ventajas fiscales que se aplican a los residentes, especialmente el mínimo exento y el *splitting* de la tarifa. El Tribunal de Justicia sentencia que, al tratarse de una pretensión formulada por contribuyente contra el Estado de su nacionalidad, no existe discriminación encubierta por razón de nacionalidad y la cuestión se califica como interna, sobre la que no tienen competencia las instancias comunitarias. El tribunal en resoluciones anteriores ya había rechazado muchas pretensiones por ser calificadas como cuestiones internas, exigiendo que debería existir otro Estado implicado para apreciar la competencia del tribunal; en este caso Werner, sin embargo,

no se considera suficiente que el contribuyente sea residente de un Estado distinto a aquel en el que ha de tributar. Esta sentencia fue posteriormente muy criticada; por un lado, el tribunal parece entender que la prohibición de discriminación en tributación directa alcanza solo a la que se produce por nacionalidad y no por otros motivos. Por otro lado, en el caso Werner aparece otro elemento de hecho que lo distingue de los casos anteriores: el no residente obtiene en el Estado de empleo la totalidad de sus rentas; por lo que si no puede aplicar en dicho Estado los criterios de subjetivización del impuesto (mínimo exento, cargas familiares, etc.), que lo adaptan a su capacidad contributiva real y dado que tampoco los podrá hacer valer en su Estado de residencia, acaba soportando un impuesto superior al que las legislaciones tributarias consideran justo. Sin embargo, en la sentencia Werner el tribunal no pone ningún remedio a esta situación.

A estas circunstancias, sin embargo, atiende el tribunal en la sentencia Schumacker (STJCE de 14 de febrero de 1995, asunto C-279/93 [NFJ005254]) cuyo supuesto de hecho es el de un nacional y residente en Bélgica que obtiene la totalidad de sus rentas de trabajo en Alemania. En esta sentencia se reitera la posibilidad de que un Estado grave de modo diferente y más oneroso a los no residentes con respecto a los residentes; pero excluye esta posibilidad si los no residentes se encuentran en una situación comparable a la de los residentes. En esta sentencia se inicia la línea jurisprudencial de analizar en cada caso si la situación respectiva es equiparable y de considerar en consecuencia discriminatoria la norma que prevé distinto trato jurídico a los no residentes, constituyendo un obstáculo para la libre circulación de los trabajadores. Esta sentencia además da cabida en el ámbito comunitario a razonamientos sobre elementos que son específicos de la tributación directa: los de subjetivización del impuesto por circunstancias personales y familiares y la tributación conforme a la propia capacidad contributiva.

En sentencias posteriores el tribunal emana la doctrina de que también está prohibida la discriminación de los no residentes cuando esta constituye un obstáculo no justificado para el ejercicio de otras libertades comunitarias y cuando los contribuyentes obtienen rentas que no son del trabajo. Es el caso de la sentencia Wielockx (STJCE de 11 de agosto de 1995, asunto C-80/94 [NFJ066695]) nacional y residente en Bélgica, quien percibe la totalidad de sus rentas por el ejercicio de una actividad en los Países Bajos, donde no se le permite la deducción de la reserva para la vejez, permitida a los residentes. El tribunal declara que la de residentes y no residentes que constituyan la reserva para la jubilación son situaciones comparables y la negativa a la deducción es una discriminación contraria a la libertad de establecimiento, garantizada en el actual artículo 49 del TFUE.

Similar es la sentencia del caso Asscher (STJCE de 27 de junio de 1996, asunto C-107/94 [NFJ004369]) en la que el tribunal considera de modo novedoso que la pretensión que un nacional plantea ante su Estado no es necesariamente cuestión interna. Asscher, nacional de los Países Bajos, reside en Bélgica y ejerce actividades por cuenta propia en ambos Estados. Por el hecho de no ser residente y no pagar las cotizaciones sociales en los Países Bajos, se le aplica un impuesto con el tipo único del 25 %, a diferencia del aplicado a residentes y no residentes que obtengan en el país el 90 % de sus rentas, cuya escala comienza con el tipo del 13 %. El tribunal establece que la pretensión se puede amparar en la libertad comunitaria de establecimiento y que, aunque se trate de la pretensión de un nacional frente a su propio Estado, no cabe calificarla de cuestión

interna, pues se trata de un sujeto que invoca una libertad comunitaria y su situación (de no residente que reside y ejerce actividad en otro Estado) es comparable a la del no residente que formulara su pretensión ante el Estado del que no es nacional.

Posteriormente se han ido publicando otras sentencias sobre casos que sustancialmente no presentan hechos jurídicos relevantes distintos a los anteriores, sino que combinan de diferentes formas los elementos que aparecen en los casos precedentes. Dado que la resolución judicial se ha de basar en que quede probada la equiparación entre la situación de los no residentes y la de los residentes, el tribunal se ve abocado al examen de la casuística que le sea presentada por los contribuyentes, para poder concluir si al caso concreto le son aplicables los principios y criterios jurisprudenciales ya expuestos anteriormente.

Así la sentencia Gerritse (STJCE de 12 de junio de 2003, asunto C-234/01 [NFJ014749]) examina el caso del nacional y residente en Países Bajos que presta servicios en Alemania y queda sometido a una retención, que deviene impuesto definitivo, de tipo único y cuyo cálculo se hace sobre el pago bruto, sin permitir la deducción de gastos, elevados en el caso de un artista, permitida a los residentes. El tribunal, en primer lugar, al tratarse de una prestación ocasional de servicios, considera el caso amparado por la libertad de prestación de servicios (actual art. 56 TFUE) y no por la libertad de establecimiento. En cuanto a la deducibilidad de los gastos, directamente ligados a la obtención de las rentas, certifica que la situación de los residentes y no residentes es comparable y la diferencia de cuota por esta causa no resulta justificada. Sin embargo no reconoce discriminación por el hecho de que no se le permita restar el mínimo exento de tributación en el cálculo de la retención, dado que la base de la retención constituye una parte pequeña del total de sus rentas y sobre ella se aplica un tipo único, no siendo la cuota final más elevada que la pagada por los residentes, que aplican el mínimo y tributan en una escala progresiva.

La sentencia Conijn (STJCE de 6 de julio de 2006, asunto C-346/04 [NFJ024864]) trata de un nacional y residente en los Países Bajos que obtiene rentas procedentes de una comunidad hereditaria situada en Alemania y pretende deducir los gastos de asesoramiento fiscal recibido para la tributación en Alemania de dichas rentas. El tribunal admite la deducibilidad, con el mismo razonamiento del caso Gerritse, pero en este caso amparado en la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE), dado que se trata de rentas obtenidas de unos bienes y no por prestación de servicios.

El caso Scorpio (STJCE de 3 de octubre de 2006, asunto C-290/04 [NFJ024304]) es también similar al caso Gerritse; el cambio es que se juzga la obligación del retenedor en lugar de la obligación del contribuyente. El tribunal precisa en la sentencia Scorpio que la deducibilidad de los gastos ha de permitirse tanto en el cálculo de la cuota como en el de la retención; si bien en este caso pueden resultar deducibles solo los generados en el Estado de la actividad. Por el contrario el tribunal considera justificada la diferencia de trato consistente en que se aplique retención solo en los pagos a no residentes y la exigencia de responsabilidad en caso de incumplimiento, para evitar la elusión del tributo que podría finalmente producirse.

Un caso que incorpora un nuevo fundamento jurídico para amparar la no discriminación es el caso Turpeinen (STJCE de 9 de noviembre de 2006, asunto C-520/04 [NFJ024322]), con

elementos de hecho similares a los de casos anteriores pero con una combinación distinta. Turpeinen es una nacional finlandesa que reside en España. Cobra una pensión de jubilación que tributa en el país de la fuente según el convenio de doble imposición. El Estado finlandés le aplica la tarifa de los no residentes, de tipo fijo del 35 %, en lugar de la tarifa progresiva que parte del 28,5 % de gravamen. El caso es similar al presentado en el caso Schumacker, pues se trata del gravamen de la totalidad de la renta del contribuyente; la pretensión sin embargo se deduce frente al Estado del que el contribuyente es nacional, como en el caso Asscher. La novedad es que las rentas gravadas no se obtienen por el trabajo, sino que son de jubilación y, en este caso, la libertad comunitaria ejercida, como subraya el tribunal, no es la libre circulación de trabajadores, sino la libertad más genérica de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE (actual art. 21 TFUE); con fundamento en ella el tribunal dictamina que el mayor gravamen constituye una discriminación prohibida por el tratado.

Caso similar al de la sentencia objeto de este comentario es el de la sentencia Ritter-Coulais (STJCE de 21 de febrero de 2006, asunto C-152/03 [NFJ029118]). Los cónyuges Ritter-Coulais –él con nacionalidad alemana y ella con doble nacionalidad francesa y alemana– eran residentes en Francia, donde ocupaban una vivienda de su propiedad, y trabajaban en Alemania. En su declaración fiscal en Alemania solicitaron que se computaran, a efectos de la determinación de su tipo impositivo, los «rendimientos negativos» (pérdidas de ingresos) derivados del hecho de que ocuparon personalmente su vivienda y la destinaron a su uso propio, deducción que permite la ley alemana. Pero el Estado alemán no les reconoce esta posibilidad alegando que, en virtud del convenio de doble imposición, los rendimientos de capital tributan en Francia y, por coherencia, no puede Alemania tener en cuenta tampoco los rendimientos negativos.

La sentencia considera que, aunque la norma no está dirigida específicamente a los no residentes, es más frecuente que sean estos quienes obtengan los citados rendimientos negativos, por el hecho de que su vivienda habitual no está en el territorio del Estado. Considera también que si los rendimientos extranjeros fueran positivos se tendrían en cuenta para determinar el tipo de gravamen en Alemania, pues expresamente lo permite el tratado. Por lo cual el tribunal niega la razón de coherencia fiscal, aducida por Alemania, para no tener en cuenta los rendimientos negativos. El tribunal señala que la situación de los no residentes es equiparable a la de los residentes pero su régimen fiscal, que se les aplica por el hecho de haber ejercido la libertad comunitaria de circulación de trabajadores, resulta más gravoso, siendo en consecuencia discriminatorio. Por ello establece en su fallo que se ha de permitir en Alemania el cómputo de los rendimientos inmobiliarios negativos.

Otro caso de rendimientos inmobiliarios negativos es el de los esposos Lakebrink (STJCE de 18 de julio de 2007, asunto C-182/06 [NFJ028750]). La única variación con respecto al caso Ritter-Coulais es que en aquel el rendimiento negativo se originaba por la vivienda propia ocupada y en el caso Lakebrink se experimenta por inmuebles desocupados. Los Lakebrink son nacionales y residentes en Alemania que trabajan por cuenta ajena exclusivamente en Luxemburgo. En 2002 optan por tributar conjuntamente en Luxemburgo, queriendo computar, para determinar el tipo de gravamen, un rendimiento negativo procedente de bienes inmuebles situados en Ale-

mania; pérdida que se les permite computar a los residentes y que ellos no pueden hacer valer en Alemania por no obtener allí rentas. La Administración tributaria no se lo permite, pues la ley establece que los no residentes han de tener en cuenta solo los rendimientos profesionales –y no los de otra naturaleza– obtenidos fuera de Luxemburgo. Este régimen, dice la Administración, no puede considerarse discriminatorio pues es globalmente más favorable que el régimen de los residentes, quienes han de atender a su renta mundial para fijar el tipo de gravamen. Otra razón, que añade la Administración luxemburguesa para la no imputación del rendimiento negativo, es que el convenio de doble imposición con Alemania establece que los rendimientos de capital inmobiliario tributan en el Estado en que se encuentre el inmueble.

El Tribunal de Justicia reitera en este caso que la situación del contribuyente no residente es equivalente a la del residente si aquel obtiene la totalidad de su renta en el Estado donde trabaja y solo en este Estado puede hacer valer sus circunstancias personales, al no poder invocarlas en el Estado de residencia por no obtener allí rentas. Concluye que la imposibilidad de computar el rendimiento negativo es discriminatoria y no puede justificarse por la existencia de otras posibles ventajas o por hacer una comparación global de las normativas, sin considerar los efectos en el caso específico, pues eso equivaldría a vaciar de contenido la prohibición de discriminación.

Finalmente encontramos la STJUE de 9 de febrero de 2017, X/Staatssecretaris van Financiën, asunto C-283/15 (NFJ065377). El caso resuelto por esta sentencia presenta similitudes en cuanto a los elementos de hecho relevantes y en cuanto a los fundamentos jurídicos empleados por el tribunal en los casos anteriores. Pero es necesario un pronunciamiento del tribunal cada vez que se presente una pequeña variación en los elementos de hecho y en las normas aplicables, aunque haya un importante denominador común con los ya sentenciados. Como en la mayor parte de los supuestos planteados en esta materia, se trata de la pretensión deducida por un no residente ante el Estado donde percibe la mayor parte de sus rentas y el tribunal constata que el trato fiscal distinto al de los residentes constituye una discriminación, contraria al Derecho de la Unión Europea.

El tribunal subraya (parágrafo 36) que el contribuyente obtiene rendimientos profesionales y por ello tiene derecho a la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) pero le resultan aplicables los criterios de la jurisprudencia derivada de la libre circulación de los trabajadores (art. 45 TFUE), como se ha dicho en anteriores sentencias.

El tribunal reitera que la posición jurídica de residentes y no residentes es distinta y, en principio, es legítimo un trato fiscal distinto para cada uno de ellos. Para analizar si existe discriminación, en primer lugar, los no residentes han de estar en una situación comparable a la de los residentes, en cuanto al objeto de la pretensión (parágrafo 30). Para considerar que existe tal comparabilidad objetiva no basta constatar que el contribuyente obtiene algunos ingresos en el Estado fuente, sino que «es preciso además que, debido a la obtención por ese no residente de lo esencial de sus ingresos fuera del territorio de su Estado miembro de residencia, este Estado no pueda concederle las ventajas resultantes de la toma en consideración de todos sus ingresos y de su situación personal y familiar» (parágrafo 38) como sucede en este caso en que el contribuyente reside en España pero no obtiene rentas aquí.

La discriminación se produce si la situación personal y familiar –y todas las ventajas fiscales relacionadas con la capacidad contributiva del no residente– no se tienen en cuenta ni en el Estado miembro de residencia ni en el Estado miembro de empleo (parágrafos 34 y 35). Como en este caso Luxemburgo, Estado miembro donde el contribuyente obtiene el 60 % de sus rentas, tampoco le reconoce los rendimientos inmobiliarios negativos, el tribunal concluye que el contribuyente sufrió discriminación (parágrafo 41).

El reconocimiento de la discriminación no queda desvirtuada por el hecho de que el contribuyente haya obtenido además ingresos en otro Estado miembro de la UE (parágrafo 42) o en Estados que no son miembros de la UE (parágrafo 51).

La peculiaridad de este caso concreto es que el contribuyente percibe en el territorio de un Estado el 60 % de todos sus ingresos, cuando en casos anteriores el contribuyente obtenía la casi totalidad de sus rentas en el territorio del Estado. Pero, en realidad, en este nuevo caso el Estado de empleo no tiene por qué saber si el Estado de residencia puede tomar en consideración o no su situación personal y familiar: tendría que saber además que no ha percibido ingresos suficientes en el territorio del Estado de residencia. No se oculta que aquí se presenta una importante dificultad práctica para evitar todos los casos de discriminación, como es propósito del tribunal. Las normas tributarias de un Estado pueden establecer que las ventajas fiscales de los residentes se apliquen a los no residentes que obtengan en su territorio la casi totalidad de sus rentas. Pero si no obtienen allí la totalidad de sus rentas, como es el caso de autos, no tienen por qué saber que otro Estado no les está reconociendo los beneficios fiscales propios de la situación personal, familiar y de su capacidad contributiva.

Sobre este punto incide realmente la segunda cuestión prejudicial planteada (véase parágrafo 19.2 a): «¿Cada Estado en el que el ciudadano de la Unión obtenga una parte de sus ingresos debe tener en cuenta la totalidad de los rendimientos negativos antes mencionados? ¿O bien esta obligación únicamente se aplica a uno de los Estados en los que aquel ejerza una actividad profesional? En caso de respuesta afirmativa, ¿a cuál? ¿O bien cada uno de los Estados en el que dicho ciudadano ejerza su actividad profesional (distintos del Estado de residencia) debe permitir la deducción de una parte de dichos rendimientos negativos? En tal supuesto, ¿cómo debe determinarse la parte deducible?».

En la sentencia se afirma que la prohibición de discriminación se impone «a todo Estado miembro» (parágrafo 51), por lo que parece que hay un deber de todos los Estados de prever el modo de aplicar los mencionados beneficios fiscales. En cada caso esta obligación la tienen los Estados competentes para gravar todo o una parte de la renta, con independencia del lugar de ejercicio (parágrafo 45). Y su plasmación en cada caso debe ser coherente con los criterios de reparto de competencia tributaria entre los Estados (parágrafo 46). Si bien los Estados tienen libertad para acordar cómo realizan este reparto de competencias entre ellos, esta libertad debe conciliarse con la necesidad de tener debidamente en cuenta su situación personal y familiar (parágrafo 47). Incluso llega el tribunal a preconizar una solución concreta: la ventaja fiscal debe aplicarse «en proporción a la parte de sus ingresos percibidos en el territorio de cada Estado miembro, recayendo en el trabajador por cuenta propia la carga de proporcionar a las administraciones nacionales competentes toda la

información sobre sus ingresos mundiales que les permita determinar esta proporción» (parágrafo 47). Este criterio del tribunal puede considerarse una novedad que aboca a los Estados miembros a reconocer a los contribuyentes las deducciones pertinentes por circunstancias personales y familiares. Y no solo a los residentes o no residentes que obtengan en su territorio la mayor parte de sus rentas, sino a todos los ciudadanos de la UE, aunque solo obtengan en él una pequeña parte de sus rentas.

Dado que los casos particulares de no residentes que pueden invocar el derecho a la no discriminación pueden seguir siendo muy abundantes, cabe augurar que el tribunal emitirá futuros pronunciamientos en los que podrá ampliar y perfilar su doctrina.

# INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO «SOCIEDAD DE UN ESTADO MIEMBRO» CONTENIDO EN LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL EN LOS CASOS DE SUJECCIÓN AL IMPUESTO A UN TIPO CERO DE GRAVAMEN

**Análisis de la STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15**

**María del Carmen Cámara Barroso**

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario.  
UDIMA*

---

## EXTRACTO

Con esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Bruselas (Bélgica) en el marco de un litigio entre las autoridades fiscales belgas y las entidades Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave por razón de la retención en origen practicada sobre los dividendos satisfechos por Wereldhave Belgium (residente en Bélgica) a Wereldhave International y Wereldhave (residentes en los Países Bajos).

En particular, la cuestión que se planteaba es si, a la luz de los requisitos establecidos por el artículo 2.1 c) de la Directiva matriz-filial para considerar a una entidad como «sociedad de un Estado miembro» a los efectos de la directiva, la entidad que satisfizo los dividendos debió practicar dicha retención en origen, teniendo en cuenta que las receptoras de los mismos eran instituciones de inversión colectiva de derecho neerlandés, sujetas en los Países Bajos a un tipo cero en el impuesto sobre sociedades condicionado a la distribución de la totalidad de sus beneficios a los accionistas.

---

## 1. SUPUESTO DE HECHO

Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) deriva de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Bruselas (Bélgica) que tenía por objeto la interpretación, en primer lugar, del artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes –hoy art. 2.a.iii) y anexo I, parte B, de la Directiva 2011/96/UE, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes– y, en segundo lugar, de los artículos 43 (libertad de establecimiento) y 56 (libre circulación de capitales) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) –hoy arts. 49 y 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)–.

La cuestión prejudicial se presentó en el marco de un litigio entre, de un parte, las autoridades fiscales belgas y, de otra, Wereldhave Belgium (entidad belga), Wereldhave International y Wereldhave (entidades neerlandesas), en relación con las retenciones sobre los rendimientos del capital mobiliario aplicables a los dividendos que la primera abonó a las segundas durante 1999 y 2000, fecha en la que todavía estaba en vigor la Directiva 90/435/CEE.

Wereldhave International y Wereldhave, instituciones de inversión colectiva (en adelante, IIC) con forma de sociedad anónima (*naamloze vennootschap*), domiciliadas en los Países Bajos, poseían, respectivamente, el 35 % y el 44 % de Wereldhave Belgium, sociedad comanditaria por acciones (*commanditaire vennootschap op aandelen*), domiciliada en Bélgica.

Wereldhave Belgium abonó a Wereldhave International y Wereldhave dividendos en 1999 y 2000, realizando la retención sobre estos rendimientos del capital mobiliario al tipo del 5 %, que es el porcentaje que, frente al 15 % que establece la normativa doméstica, señala el convenio de doble imposición si el beneficiario de los dividendos es una sociedad por acciones que posee directamente al menos el 25 % del capital de la sociedad que paga los dividendos.

En cada uno de estos ejercicios fiscales, Wereldhave International y Wereldhave reclamaron, basándose en la Directiva 90/435/CEE, la exención de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario aplicable a los dividendos, en la medida en que entendían que debían ser consideradas como sociedades matrices en el sentido de la directiva. El artículo 3 de la Directiva 90/435/CEE establece que, a los efectos de la aplicación de la misma, la calidad de sociedad matriz se reconoce a toda «sociedad de un Estado miembro» que cumpla con las condiciones enunciadas en el artículo 2 de la misma y que posea en el capital de una sociedad de otro Estado miembro, que cumpla las mismas condiciones, una participación mínima del 25 % durante dos años.

Según lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 90/435/CEE, el término «sociedad de un Estado miembro» implica el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) que revista una de las formas enumeradas en el anexo; b) que, con arreglo a la legislación fiscal de un Estado miembro, se considere que tiene su domicilio fiscal en dicho Estado; y c) que esté sujeta, *sin posibilidad de opción y sin estar exenta*, a uno de los impuestos que se enumeran en la propia directiva.

Teniendo en cuenta que Wereldhave International y Wereldhave se encontraban domiciliadas en los Países Bajos y que, de conformidad con el derecho neerlandés, estas IIC eran consideradas como sociedades anónimas (*NV*), estando incluidas estas últimas en el anexo de la Directiva 90/435/CEE, la única duda se planteaba respecto al apartado c) del artículo 2.1 de la directiva, donde se establece la necesidad de que las entidades estén sujetas al impuesto que corresponda sin estar exentas.

Cumpléndose los requisitos establecidos en los artículos 2 y 3 de la Directiva 90/435/CEE, en el artículo 5 se permite que los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz queden exentos de retención en la fuente, al menos cuando la segunda tenga una participación de un 25 % en el capital de la filial, requisito este que también se cumplía en el caso que nos ocupa.

Al no existir resolución de las autoridades belgas en los seis meses siguientes a la fecha de recepción de las referidas reclamaciones, las mencionadas entidades presentaron un recurso

ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, quien entendió que, en aplicación de la Directiva 90/435/CEE, no procedía aplicar ninguna retención sobre los rendimientos del capital mobiliario a los dividendos abonados en 1999 y 2000, condenando al Estado belga a devolver las cantidades ingresadas más sus intereses.

En este contexto, el Estado belga recurrió ante el Tribunal de Apelación de Bruselas alegando que las beneficiarias de los dividendos eran IIC de derecho neerlandés, sujetas en los Países Bajos al impuesto sobre sociedades a tipo cero, y que no podían beneficiarse de la exención de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario establecida en el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE, por no cumplirse el requisito de sujeción al impuesto recogido en el artículo 2.1 c) de la referida directiva. El Estado belga consideraba que la expresión «sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta» implica un requisito de tributación efectiva, no pudiendo considerarse que las sociedades sujetas al impuesto sobre sociedades a un tipo cero estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la citada directiva.

Por su parte, las entidades implicadas (Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave) sostenían que las IIC están sujetas (y no exentas) al impuesto sobre sociedades en los Países Bajos, en cuanto sociedades anónimas (*NV*), con independencia de que puedan beneficiarse del tipo cero del impuesto sobre sociedades a condición de repartir íntegramente sus beneficios entre sus accionistas. En consecuencia, a juicio de las demandadas en el litigio principal, el requisito de sujeción no implica una imposición efectiva.

Además, para el supuesto de que la Directiva 90/435/CEE no resultase aplicable a los dividendos de origen belga distribuidos por una sociedad belga a sus accionistas neerlandeses, estas entidades consideraban que los artículos 43 (libertad de establecimiento) y 56 (libre circulación de capitales) del TCE se opondrían a una normativa nacional que somete a retención en origen a los dividendos distribuidos por una sociedad residente a sociedades no residentes, mientras que existe un mecanismo que permite atenuar la imposición en cadena para las sociedades beneficiarias residentes.

En este contexto, el Tribunal de Apelación de Bruselas decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. ¿Debe interpretarse la Directiva 90/435/CEE en el sentido de que dicha directiva se opone a una norma nacional que no exime de la retención belga sobre los rendimientos del capital mobiliario las distribuciones de dividendos por una sociedad filial belga a una sociedad matriz establecida en los Países Bajos, que cumple con los requisitos de participación mínima y de mantenimiento de la misma, basándose en que la sociedad matriz neerlandesa es una institución de inversión colectiva de carácter fiscal cuyos beneficios deben repartirse en su integridad entre sus partícipes y, con sujeción a esta condición, puede acogerse al tipo cero del impuesto sobre sociedades?
2. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿deben interpretarse los artículos 43 y 56 de la CE en el sentido de que dichas disposiciones se oponen a una norma nacional que no exime de la retención belga sobre los rendimientos del capital mobiliario las distribuciones de dividendos por una sociedad filial belga a una

sociedad matriz establecida en los Países Bajos que cumple los requisitos de participación mínima y de mantenimiento de la misma, basándose en que la sociedad matriz neerlandesa es una IIC de carácter fiscal cuyos beneficios deben repartirse en su integridad entre sus partícipes y, con sujeción a esta condición, puede acogerse al tipo cero del impuesto sobre sociedades?

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

En primer lugar, el TJUE se centró en analizar si una sociedad sujeta al impuesto sobre sociedades a tipo cero bajo la condición de repartir a sus accionistas la totalidad de sus beneficios puede calificarse de «sociedad de un Estado miembro» en el sentido del artículo 2.1 de la Directiva 90/435/CEE, de manera que la distribución de dividendos a esa sociedad esté comprendida en el ámbito de aplicación de dicha directiva y, en consecuencia, resulte aplicable el artículo 5 de la misma en virtud del cual los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de retención en origen cuando la segunda tenga, al menos, una participación de un 25 % en el capital de la filial.

Esta primera cuestión prejudicial fue analizada por el tribunal a la luz de los objetivos perseguidos por la directiva, esto es, garantizar la neutralidad fiscal de la distribución de dividendos entre sociedades filiales y matrices situadas en el territorio de distintos Estados miembros mediante la eliminación de la doble imposición (económica) de esos beneficios a través de los mecanismos en ella previstos. Esta doble imposición se produce cuando los beneficios distribuidos son gravados por primera vez en sede de la filial y por segunda vez en sede de la sociedad matriz.

No han sido pocos los pronunciamientos en los que el TJUE ha hecho referencia a los objetivos perseguidos por la Directiva 90/435/CEE. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 3 de abril de 2008, Banque Fédérative du Crédit Mutuel (asunto C-27/07 [NFJ028104]), ya señaló que «la directiva tiende a garantizar la neutralidad, en el plano fiscal, de la distribución de beneficios por una sociedad filial situada en un Estado miembro a su sociedad matriz establecida en otro Estado miembro». En el mismo sentido, podemos destacar también su Sentencia de 1 de octubre de 2009, Gaz de France – Berliner Investissement (asunto C-247/08 [NFJ035247]).

Para cumplir este objetivo, esto es, eliminar la doble imposición económica que se produce entre sociedad filial y sociedad matriz, el artículo 5.1 de la directiva, con el mismo fin, prevé la exención de la retención en origen en el Estado de la filial cuando se distribuyen beneficios a la sociedad matriz, si esta tiene al menos una participación mínima del 25 % del capital de la sociedad filial.

Como ya hemos señalado arriba, el artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE establece que, para ser considerada «sociedad de un Estado miembro» en el sentido de dicha directiva, la misma debe estar sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a alguno de los impuestos enumerados en la misma. Se trataba, por tanto, de determinar si se cumple con dicho requisito cuando la sociedad en cuestión está sujeta a uno de esos impuestos a tipo cero bajo la condición de distribuir a sus accionistas la totalidad de sus beneficios.

En este sentido, el tribunal ha entendido que el artículo 2.1 c) de la directiva formula tanto un criterio de calificación *positivo* (estar sujeta al impuesto de que se trate) como *negativo* (no estar exenta de ese impuesto sin posibilidad de opción), llegando a la conclusión de que la directiva no solo exige que la sociedad esté comprendida en el ámbito de aplicación del impuesto de que se trate, sino que pretende excluir aquellas situaciones en que, pese a estar sujeta a ese impuesto, la sociedad no esté efectivamente obligada a abonarlo.

Afirma, entonces, que aunque formalmente una sociedad sujeta a un impuesto a tipo cero no está exenta de tal impuesto, «se encuentra en la práctica en una situación idéntica a la que el requisito establecido en el artículo 2, letra c), de la Directiva 90/435/CEE pretende excluir, a saber, una situación en la que la sociedad no está obligada a abonar ese impuesto».

En el mismo sentido, en el asunto C-194/06, Orange European Smallcap Fund NV, el abogado general (Yves Bot), ya señaló en sus conclusiones de 3 de julio de 2007 que incluir en una normativa nacional una disposición según la cual una cierta categoría de sociedades puede disfrutar en determinadas condiciones de un gravamen a tipo cero equivale a no someter a esas sociedades al impuesto de que se trate.

El tribunal llega a la conclusión de que cuando la normativa del Estado miembro de establecimiento aplica a una sociedad matriz un tipo cero de gravamen, como ocurre en este caso, queda eliminado para esa sociedad matriz el riesgo de una doble imposición económica de los beneficios distribuidos por su filial.

En consecuencia, el tribunal entiende que en este caso no se cumple el requisito establecido en el artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE y, por extensión, la distribución de beneficios efectuada por una filial establecida en un Estado miembro (Wereldhave Belgium) a una sociedad de este tipo establecida en otro Estado miembro (Wereldhave International y Wereldhave) no está comprendida en el ámbito de aplicación de la referida directiva.

Sobre la segunda cuestión prejudicial, relativa a si los artículos 43 y 56 del TCE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la normativa de un Estado miembro que obliga a aplicar una retención sobre los rendimientos de capital mobiliario a los dividendos que una filial establecida en ese Estado miembro distribuya a su sociedad matriz establecida en otro Estado miembro y sujeta al impuesto sobre sociedades a tipo cero, el tribunal señaló que, ante la falta de precisiones relativas al marco jurídico nacional aplicable a las distribuciones de dividendos a las sociedades establecidas en Bélgica que sean comparables a las sociedades beneficiarias de que se trata en el litigio principal (IIC), no está en condiciones de determinar si los dividendos distribuidos a las sociedades neerlandesas reciben (o no) un trato desfavorable con respecto a los dividendos distribuidos a esas sociedades comparables establecidas en Bélgica. En consecuencia, se declaró la inadmisibilidad de esta segunda cuestión.

Sobre este particular, el artículo 94 (contenido de la petición de decisión prejudicial) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en vigor desde 1 de noviembre de 2012, establece que, junto al texto de las preguntas formuladas al tribunal con carácter prejudicial, la petición contendrá: a) una exposición concisa del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, según se

hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones; b) el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente; y c) la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

En este caso, el tribunal se enfrentaba a una situación en la que los dividendos repartidos por una sociedad filial (belga) a su matriz (neerlandesa) soportaron una retención en origen liquidada por las autoridades fiscales belgas, lo que, a simple vista, podía resultar contrario a la Directiva 90/435/CEE.

La primera duda que se planteaba el órgano jurisdiccional remitente se refería a la interpretación de la Directiva 90/435/CEE y, en particular, a si, dado el peculiar estatus de la sociedad matriz neerlandesa (sujeta a gravamen a un tipo cero condicionado al reparto íntegro de sus beneficios entre sus partícipes), esta se podía entender incluida entre las «sociedades de un Estado miembro» a las que se aplica la referida directiva. En caso afirmativo, se trataba de comprobar la compatibilidad de dicha retención en origen con el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE, que exige de retención a los beneficios distribuidos por una filial a su matriz.

Por el contrario, en el caso de que se declarase por el tribunal que la Directiva 90/435/CEE no resultaba aplicable al caso, se trataba de comprobar la compatibilidad de dicha normativa con la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales (reguladas, hoy en día, en los arts. 49 y 63 del TFUE).

Aunque Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave sostenían que las IIC no estaban exentas del impuesto sobre sociedades, sino plenamente sujetas, pero a cuota cero, no necesitando la sujeción una percepción efectiva del impuesto, el tribunal (en la misma línea que ya señalase el abogado general, Manuel Campos Sánchez-Bordona, en sus conclusiones presentadas el 26 de octubre de 2016), entendió que, dado que el propósito de la Directiva 90/435/CEE, era eliminar la doble imposición, para que resulte aplicable el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE es necesario que la sociedad hubiera sido objeto de una imposición efectiva. En definitiva, con su pronunciamiento, el tribunal puso de relieve que, a los efectos de la directiva, no existen disparidades entre la exención y la imposición a tipo cero. Suscribimos la opinión del tribunal al considerar que una «cuota cero» del impuesto sobre sociedades equivale a la ausencia plena de gravamen, esto es, a su completa exoneración.

Podemos concluir entonces que, con su pronunciamiento, a la hora de analizar el concepto de «sociedad de un Estado miembro», el tribunal aboga por una interpretación finalista o teleológica del artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE, frente a una interpretación literal de la misma.

Consideramos que el enfoque de las empresas recurrentes sería válido si el artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE únicamente exigiese la sujeción (esto es, solo estableciese una condición positiva). Sin embargo, como ya hemos señalado, el precepto implanta tanto una condición positiva (estar sujeto al impuesto) como negativa (no disfrutar de ninguna exención).

Por su parte, mediante la segunda cuestión prejudicial, que se inadmitió, se trataba de determinar si el trato desfavorable dispensado a las sociedades no residentes vulneraba el derecho a la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento.

Como ya señalase el TJCE en su Sentencia de 18 de junio de 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* (asunto C-303/07 [NFJ033565]), en situaciones no comprendidas en la Directiva 90/435/CEE, como sería el del caso que nos ocupa, no cabe instaurar medidas contrarias a las libertades de circulación garantizadas por el Tratado.

En concreto, en este asunto el tribunal sostuvo que los artículos 43 y 48 (libertad de establecimiento) del TCE debían interpretarse en el sentido de que se oponen a la normativa de un Estado miembro que exime de retención en origen a los dividendos distribuidos por una filial residente en dicho Estado a una sociedad anónima establecida en ese mismo Estado, pero que somete a dicha retención en origen a dividendos similares abonados a una sociedad de inversión de capital variable (SICAV) residente en otro Estado miembro, y que está exenta del impuesto sobre la renta en virtud de la normativa del otro Estado miembro. Así, concluyó que una SICAV luxemburguesa sujeta a imposición patrimonial y no al impuesto sobre sociedades estaba excluida de los beneficios de la directiva, pero podía aplicar las libertades fundamentales del TFUE frente al Estado miembro de la fuente o de residencia.

Del mismo modo, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (asunto C-446/04 [NFJ024425]), el tribunal dispuso que, cualquiera que sea el mecanismo adoptado para evitar o atenuar la doble imposición en cadena o la doble imposición económica, las libertades de circulación garantizadas por el Tratado se oponen a que un Estado miembro trate de manera menos ventajosa los dividendos de origen extranjero que los dividendos de origen nacional, a menos que esta diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general.

En el mismo sentido, en el Auto del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012, *Tate & Lyle Investments* (asunto C-384/11), el tribunal determinó que el artículo 63 (libre circulación de capitales) del TFUE debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el procedimiento principal, que sometía a retención en origen los dividendos repartidos por una sociedad residente entre las sociedades beneficiarias residentes y no residentes que son titulares de una participación inferior al 10% en el capital de esa sociedad distribuidora de dividendos, pero cuyo valor de adquisición alcance 1.200.000 euros, y que únicamente prevé para las sociedades beneficiarias residentes un mecanismo que permite atenuar la imposición en cadena.

Entendemos que si el TJUE hubiera podido entrar en el fondo del asunto y apreciar que el trato fiscal dispensado a las IIC neerlandesas era más desfavorable que el aplicable al ofrecido a

las IIC belgas, sus conclusiones hubieran sido las mismas que en su jurisprudencia anterior sobre esta materia, esto es, hubiera declarado dicha normativa nacional contraria a las libertades fundamentales contenidas en el Tratado salvo razón imperiosa de interés general (garantizar la eficacia de los controles fiscales, garantizar el cobro eficaz de los impuestos, garantizar la coherencia de la normativa fiscal, preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros o impedir el fraude o la evasión fiscal...).

Sin embargo, se declaró su inadmisión. De una parte, no se explicaba en qué términos la legislación fiscal belga daría lugar a un trato desfavorable a las sociedades no residentes en comparación con el de las residentes. De otra, se omitieron las normas, nacionales y convencionales, que serían pertinentes para juzgar la eventual violación de las mencionadas libertades fundamentales.

Además, tal y como señalase el abogado general Manuel Campos Sánchez-Bordona, «para calibrar si en el litigio principal se puede constatar un trato desigual, la comparación no debe hacerse entre las residentes en Bélgica y las no residentes, en general, sino entre las IIC neerlandesas y sus homólogas (sociedades de inversión) belgas, a cuyo régimen jurídico, en concreto, no alude el auto de reenvío».

Es innegable que este pronunciamiento va a tener una incidencia importante en los distintos ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros (y, en concreto, en el mercado europeo de inversión inmobiliaria), pues en gran parte de los países de nuestro entorno existen vehículos de inversión inmobiliaria (*Real Estate Investment Trust*), basados en la ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio, mediante la aplicación a estas de un tipo cero bajo la obligación del reparto de la totalidad de sus beneficios entre sus partícipes.

Así, por ejemplo, dentro del ordenamiento jurídico español tributan al tipo especial del 0%, junto con los fondos de pensiones regulados en el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, las sociedades anónimas cotizadas de inversión inmobiliaria (SOCIMI) acogidas al régimen fiscal especial de la Ley 11/2009, según establece el artículo 9.1 de la citada norma, salvo en determinados casos de incumplimiento del requisito de permanencia de los inmuebles y acciones o participaciones, en que se tributará al tipo general de gravamen.

Por lo que respecta al régimen fiscal de las SOCIMI, podemos destacar lo siguiente: las rentas procedentes del desarrollo de su objeto social tributan al tipo de gravamen del 0% en el impuesto sobre sociedades; se establece un gravamen especial del 19% por la distribución de dividendos.

Aunque evidentemente nada impide que se siga aplicando un tipo cero a estas entidades, a partir de este pronunciamiento, los dividendos que satisfagan este tipo de entidades a sus sociedades matrices comunitarias no quedarán exentos de gravamen en la fuente, debiendo tributar en los términos que prevea el convenio de doble imposición que resulte aplicable.

## IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES (CASO PRÁCTICO)

**Ángel Zaera Casado**

*Inspector de Tributos de la Generalitat Valenciana  
Profesor de CEF.– UDIMA*

---

### EXTRACTO

El impuesto sobre sucesiones y donaciones es un tributo directo y subjetivo que grava los incrementos patrimoniales gratuitos obtenidos por personas físicas. A lo largo del presente supuesto se pretende dar una visión global, desde un punto de vista eminentemente práctico, de los aspectos más generales de su mecánica de liquidación. El desarrollo del mismo trata no solo de aclarar la aplicación de la norma tributaria propiamente dicha, sino de incidir en dos de los aspectos fundamentales que se han de tener en cuenta a la hora de enfrentarse con su aplicación práctica. Como veremos, la serie de operaciones previas a la liquidación en general y a la determinación de la base imponible de cada sujeto pasivo en particular, tiene un fuerte apoyo en el Código Civil español, lo que obliga no solo al conocimiento de las normas tributarias que rigen el impuesto, sino a dominar también la regulación civil de las transmisiones gratuitas *inter vivos* y *mortis causa*. Por otra parte, la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones no puede olvidar el hecho de que nos encontramos ante uno de los puntales sobre los que se asienta el actual sistema de financiación de las comunidades autónomas. Esto comporta, consecuentemente, la existencia de un amplio abanico normativo autonómico debido a la delegación legislativa que el Estado ha realizado de este impuesto a las autonomías y que, hoy en día, han asumido y desarrollado en mayor o menor medida. Lo anterior, al margen de otros aspectos objeto de delegación, conduce a reflexionar acerca de las consecuencias que dicha delegación tiene sobre el sistema tributario español. Unas consecuencias en forma de importantes diferencias entre los territorios españoles y que sirven para concluir el supuesto en el entorno de una de las polémicas fiscales de mayor actualidad.

**Palabras clave:** impuesto sobre sucesiones y donaciones, aspectos generales, liquidación, cesión del impuesto a las comunidades autónomas y caso práctico.

---

## ENUNCIADO

El día 25 de abril de 2017, fallece en Madrid, a los 80 años, don Javier, casado con doña Consuelo, de 60 años de edad a la fecha del fallecimiento de su marido. Dicho matrimonio tiene una hija, Isabel de 35 años de edad. El matrimonio, que residía en Alicante desde que don Javier se jubilara a los 65 años, disfrutaba del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales.

Unos años antes de fallecer, don Javier había otorgado testamento mediante el que instituía usufructuaria de todos los bienes de la herencia a su cónyuge, mientras que su hija se convertía en nudo propietaria de los mismos.

Los bienes titularidad de Javier y los comunes al matrimonio son los siguientes:

Bienes privativos	
Descripción del bien	Valor en euros
Tierra rústica en la provincia de Salamanca .....	350.000 €
Piso sito en la localidad de Gijón .....	300.000 €
<b>Valor total bienes privativos .....</b>	<b>650.000 €</b>

Bienes gananciales	
Descripción del bien	Valor en euros
Vivienda habitual sita en Alicante .....	450.000 €
Chalé en la costa alicantina .....	400.000 €
Solar en la localidad alicantina de Denia .....	200.000 €
Cuentas corrientes, a la vista o a plazo .....	300.000 €
Fondo de inversión .....	125.000 €
Cartera de acciones en empresas del IBEX .....	200.000 €
80 % del capital social de la mercantil ABCD .....	400.000 €
<b>Valor total de los bienes gananciales .....</b>	<b>2.075.000 €</b>

Se sabe, además, lo siguiente:

- La vivienda habitual tiene un valor catastral de 75.000 euros.
- Los herederos son beneficiarios, por partes iguales, de un seguro de vida contratado por don Javier, con dinero privativo y siendo único tomador. El importe de la indemnización asciende a 60.000 euros
- Sobre el solar situado en la localidad de Denia hay establecida una servidumbre de paso valorada en 25.000 euros.
- El causante deja pendientes a su fallecimiento diversas deudas debidamente documentadas por importe de 10.000 euros.
- Los gastos de entierro y funeral satisfechos por los herederos ascienden a 5.000 euros.
- Pese a la edad de don Javier, este participaba activamente en las decisiones de la mercantil, ostentando cargo directivo, percibiendo por ello una retribución anual de 75.000 euros. (Del resto de la declaración del IRPF se desprende que otros componentes de su base imponible son: 250 € en concepto de rendimientos del capital mobiliario y 3.000 € por otras prestaciones recibidas asimiladas a los rendimientos del trabajo).
- Los activos necesarios para el desarrollo del objeto social de la mercantil ABCD ascienden a 430.000 euros. Las deudas suman en su conjunto 25.000 euros mientras que el patrimonio neto de la sociedad es de 450.000 euros.
- Isabel posee una minusvalía reconocida del 45%.

*Se pide:*

Determinar las liquidaciones que procedan por el impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD).

## **SOLUCIÓN**

### NOTAS DEFINITORIAS DEL ISD

La Constitución española establece, en su artículo 31, que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

Una de las manifestaciones de la capacidad económica a la que se refiere la Constitución es la que viene dada por la obtención, por parte de las personas físicas, de incrementos patrimoniales de forma gratuita, sin la mediación de ningún tipo de contraprestación. Y ese es el

ámbito en el que debemos integrar, dentro del sistema tributario español, al ISD, como mecanismo de gravamen de tales incrementos patrimoniales. Su regulación la encontramos, a nivel general, en Ley 29/1987, de 18 de diciembre, desarrollada mediante su reglamento aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre (en adelante LISD y RISD, respectivamente).

El ISD se define en el artículo 1 de la ley como un tributo de naturaleza directa y subjetiva que grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas. De este artículo no solo extraemos su concepto sino también las notas que describen su naturaleza:

- Es un tributo de naturaleza directa por cuanto grava la capacidad económica cuando se materializa en la incorporación de bienes o derechos al patrimonio de una persona física, ya sea mediante una adquisición por herencia o por donación. Son también impuestos directos el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) o el impuesto sobre el patrimonio. Impuesto este último estrechamente armonizado con el ISD por sus remisiones en algunos aspectos como, por ejemplo, las presunciones de titularidad de bienes o deudas del causante.
- Es un tributo de naturaleza subjetiva ya que a la hora de establecer el gravamen que han de soportar los obligados a su pago, tiene en cuenta, no solo la capacidad económica de los mismos, sino también sus circunstancias personales y familiares. Ejemplo de ello son las reducciones sobre la base imponible establecidas en función del grado de parentesco entre causante y causahabiente o en función del grado de minusvalía del sujeto pasivo-adquirente.
- Por último, destacar que el ISD recae exclusivamente sobre personas físicas, ya que los incrementos patrimoniales gratuitos obtenidos por personas jurídicas no se someten a este tributo, sino al impuesto sobre sociedades.

Las notas anteriores estarían incompletas si no se destacara el hecho de que nos encontramos ante uno de los impuestos que, dentro del ordenamiento jurídico tributario español, tiene una mayor base en los preceptos de nuestro derecho civil.

La regulación contenida en el Código Civil en torno a la familia y las sucesiones, así como la de los negocios jurídicos gratuitos realizados *inter vivos*, es la base sobre la que se sustenta la construcción del ISD en cuanto a los hechos imposables que derivan en algún tipo de obligación tributaria. Esto obliga necesariamente a tener, en todo momento, en su aplicación, una visión completa y unitaria de la legislación civil y tributaria orientada a una comprensión global de la materia. De ahí que el impuesto se exija siempre de acuerdo a la verdadera naturaleza del acto o contrato que sea causa de la adquisición, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.

## Objeto

Como hemos apuntado anteriormente, el ISD, desde una perspectiva general, somete a tributación todos los incrementos patrimoniales gratuitos obtenidos o realizados por personas fi-

sicas. Estos tipos de adquisiciones se agrupan en torno a las tres modalidades que componen el impuesto: sucesiones, donaciones y adquisiciones por beneficiarios de seguros de vida.

Efectivamente, son hechos imponibles cuya realización determina el nacimiento de alguna de las obligaciones tributarias previstas en el ISD:

- Las adquisiciones de bienes *mortis causa*, ya sea por herencia, legado o cualquier otro negocio sucesorio recogido en el Código Civil y asimilado a las sucesiones por el artículo 11 del RISD (entre otros, por ejemplo, las donaciones *mortis causa*, los contratos o pactos sucesorios o las cantidades asignadas por los testadores a los albaceas por la realización de sus trabajos como tales, en cuanto excedan de lo establecido por los usos y costumbres o del 10% del valor comprobado del caudal hereditario).
- Las adquisiciones de bienes por donación o por cualquier otro negocio jurídico gratuito *inter vivos* regulado en el Código Civil y asimilado a las donaciones por el artículo 12 del RISD (entre otros, la condonación de deuda, total o parcial, realizada con ánimo de liberalidad; la renuncia de derechos a favor de persona determinada o la asunción liberatoria de la deuda de otro sin contraprestación).
- La percepción de cantidades por los beneficiarios de contratos de seguro sobre la vida, cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario.

## Ámbito de aplicación

Ubicado el impuesto en el sistema tributario español y delimitado su papel en el mismo hay que abordar una cuestión de especial importancia, cual es la de su ámbito territorial de aplicación.

Anteriormente se ha apuntado que hablar de ISD es hablar de normativa civil. También lo es hablar de financiación autonómica. Y es que estamos ante uno de los pilares sobre los que se sustenta la obtención de recursos económicos por parte de las comunidades autónomas.

Como el resto de tributos que componen el sistema español, el ISD se exige en todo el territorio español, sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de concierto y convenio económicos vigentes en los territorios históricos del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra, respectivamente, así como de lo previsto en los tratados o convenios internacionales.

No obstante este ámbito general, el ISD es uno de los impuestos que componen el marco de cesión competencial y descentralización tributaria del Estado a favor de las comunidades autónomas como mecanismo para su financiación y, si bien podemos afirmar que todos los tributos están cedidos en mayor o menor medida, este, junto con el de transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados y el impuesto sobre el patrimonio, es el que mayor grado de cesión presenta.

Efectivamente, no solo se cede la totalidad del rendimiento del impuesto producido en el territorio de cada comunidad sino también su aplicación y determinadas competencias normativas

sobre aspectos fundamentales de la liquidación, todo ello de acuerdo con lo establecido en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, como marco de referencia idéntico para todas las autonomías de régimen común y que, desde una perspectiva general, establece los principios y las reglas que se han de respetar en materia de delegación de competencias tributarias.

Por lo tanto, deberemos distinguir:

- La aplicación internacional del impuesto y las consecuencias de la existencia de tratados y convenios internacionales en esta materia.
- El régimen del País Vasco y Navarra.
- Los territorios de régimen común.

## Aplicación internacional del impuesto

Dentro de las diferentes posibilidades que los Estados miembros de la Unión Europea establecen a la hora de delimitar los supuestos de sujeción del impuesto a uno u otro Estado, como son la residencia efectiva o la nacionalidad del causante o la de los herederos, así como la ubicación de los bienes objeto de transmisión o la combinación de todos o alguno de estos criterios, la legislación española ha optado por fijar el de la residencia habitual del adquirente y, en determinados casos, el de la ubicación de los bienes transmitidos aun cuando el adquirente no residiese en España.

De esta forma, tributarán en España:

- Las adquisiciones por herencia o legado cuando el heredero o legatario resida en España.
- Las donaciones, cuando el donatario resida en España.
- Las pólizas de seguro, cuando resida en España el beneficiario.
- La adquisición de bienes o derechos situados en territorio español cualquiera que sea la residencia del adquirente.
- Las percepciones de cantidades de contratos de seguros sobre la vida cuando la empresa aseguradora sea española o siendo extranjera opere en España a través de establecimiento permanente.

## Aplicación nacional de impuesto

La ya mencionada cesión competencial y legislativa que el Estado ha realizado de este impuesto a las comunidades autónomas hace de especial importancia la delimitación del ámbito interno de aplicación.

El marco normativo de la delegación se encuentra en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía.

«Este sistema se ha ido configurando siguiendo las disposiciones constitucionales sobre la base de los acuerdos tomados en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera.

Pese a los resultados globalmente positivos en términos de suficiencia y autonomía, algunos aspectos estructurales del sistema recogido en la anterior *Ley de cesión* (Ley 21/2001, de 27 de diciembre), junto al significativo y asimétrico aumento de la población experimentado en los años de su aplicación, así como la aprobación de las reformas en los estatutos de autonomía de seis comunidades autónomas, han motivado su modificación.

Como culminación del proceso negociador entre el Estado, las comunidades autónomas y las ciudades con estatuto de autonomía, el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las comunidades autónomas, en su reunión de 15 de julio de 2009, adoptó el Acuerdo 6/2009, de reforma del sistema de financiación autonómica y de las ciudades con estatuto de autonomía.

La Ley 22/2009 es, precisamente, el mecanismo encargado de poner en marcha dicho acuerdo mediante la acometida de aquellas reformas que no requieren el rango de ley orgánica, complementando así la reforma de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas por la Ley Orgánica 3/2009».

El título preliminar de la Ley 22/2009 define su objeto, consistente en regular el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, incluyendo la garantía de financiación de servicios públicos fundamentales, los fondos de convergencia autonómica, el régimen general de la cesión de tributos del Estado a las comunidades autónomas y los órganos de coordinación de la gestión tributaria, al mismo tiempo que se modifican determinadas normas tributarias afectadas.

Esta nueva ley continúa en la línea de su predecesora en cuanto a los tributos que se ceden, y por tanto cede también el rendimiento del ISD.

## Cesión del rendimiento y de la aplicación del impuesto

Se cede a la comunidad autónoma el rendimiento del ISD producido en su territorio, entendiéndose por rendimiento cedido el importe de la recaudación líquida derivada de las deudas tributarias correspondientes a los distintos hechos imposables cedidos del ISD.

Por otra parte, las comunidades autónomas se podrán hacer cargo, siempre por delegación del Estado, de la aplicación de los tributos, esto es, la gestión, recaudación e inspección, así como de la revisión de los actos dictados en ejercicio de la misma.

## Asunción de competencias normativas

Desde que en el año 1996 tuviera inicio el actual sistema de cesión de tributos con la Ley 14/1996, posteriormente con la Ley 21/2001 y actualmente con la Ley 22/2009, se permite a las comunidades autónomas que puedan asumir determinadas competencias normativas en relación con el impuesto. En la actualidad todas las autonomías han hecho uso de estas competencias. Por lo tanto, el marco normativo de estos tributos estará compuesto por:

- Los convenios o tratados internacionales.
- La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- La ley propia de cada tributo.
- Los reglamentos generales dictados en desarrollo de la Ley General Tributaria.
- Las demás disposiciones de carácter general, reglamentarias o interpretativas, dictadas por la Administración del Estado.
- Las normas emanadas de la comunidad autónoma competente según el alcance y los puntos de conexión establecidos en la misma.

En relación con el ISD, las competencias normativas que pueden asumir las autonomías recaen sobre:

- Las reducciones de la base imponible.
- La tarifa del impuesto.
- Las cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente.
- Las deducciones y bonificaciones de la cuota.

Las comunidades autónomas podrán crear, tanto para las transmisiones *inter vivos*, como para las *mortis causa*, las reducciones que consideren convenientes, siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la comunidad autónoma de que se trate.

Asimismo, podrán regular las establecidas por la normativa del Estado, manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por este o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma o la disminución de los requisitos para poder aplicarla.

Cuando creen sus propias reducciones, estas se aplicarán con posterioridad a las establecidas por la normativa del Estado. Si la actividad de la comunidad autónoma consiste en mejorar una reducción estatal, la reducción mejorada sustituirá, en esa comunidad autónoma, a la reducción estatal. A estos efectos, las comunidades autónomas, al tiempo de regular las reducciones aplicables, deberán especificar si la reducción es propia o consiste en una mejora de la del Estado.

Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las comunidades autónomas resultarán, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado.

Asimismo, las comunidades autónomas también podrán regular los aspectos de gestión y liquidación. No obstante, el Estado retendrá la competencia para establecer el régimen de autoliquidación del impuesto con carácter obligatorio en las diferentes comunidades autónomas, implantando este conforme cada Administración autonómica vaya estableciendo un servicio de asistencia al contribuyente para cumplimentar la autoliquidación del impuesto.

## Comunidad competente

Como podemos observar, el marco normativo que rige la aplicación de los tributos cedidos es amplio, más aún cuando, como se ha apuntado anteriormente, todas las comunidades autónomas han hecho uso de sus competencias delegadas.

Lo anterior conduce a que a la hora de liquidar el ISD nos enfrentemos a un amplísimo abanico normativo autonómico que, en muchos casos, ofrece sustanciales diferencias entre territorios con las consecuencias que ello tiene sobre los principios de justicia fiscal. Para ello se hace necesario conocer las reglas que determinan la competencia de una determinada comunidad para liquidar el impuesto.

Estas reglas se denominan *puntos de conexión*. A través de estos puntos de conexión, ante un hecho imponible sujeto al ISD, sabremos cuál de todas las autonomías obtiene su rendimiento, es competente para su aplicación e impone la aplicación de su normativa propia.

Como en todo lo referente a la delegación de competencias, también la regulación de los puntos de conexión se encuentra en la Ley 22/2009. En concreto, se considera producido en el territorio de una comunidad autónoma el rendimiento del ISD de los sujetos pasivos residentes en España según las siguientes reglas:

- a) En el caso del impuesto que grava las adquisiciones *mortis causa* y las cantidades percibidas por los beneficiarios de seguros sobre la vida que se acumulen al resto de bienes y derechos que integran la porción hereditaria del beneficiario, en el territorio donde el causante tenga su residencia habitual a la fecha del devengo.
- b) En el caso del impuesto que grava las donaciones de bienes inmuebles, cuando estos radiquen en el territorio de esa comunidad autónoma.

Tienen la consideración de donaciones de bienes inmuebles las transmisiones a título gratuito de los valores a que se refiere el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores (en la actualidad, art. 314 del RDLeg. 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del mercado de valores).

- c) En el caso del impuesto que grava las donaciones de los demás bienes y derechos, en el territorio donde el donatario tenga su residencia habitual a la fecha del devengo.

Como se deduce de lo anterior, la residencia habitual es el punto de conexión de mayor relevancia. En este sentido, el artículo 28 de la Ley 22/2009 considera que las personas físicas residentes en territorio español lo son en el territorio de una comunidad autónoma:

- 1.º Cuando permanezcan en su territorio un mayor número de días del periodo de los cinco años inmediatos anteriores, contados de fecha a fecha, que finalice el día anterior al de devengo, en el ISD, computándose las ausencias temporales.

Se considera que una persona física permanece en el territorio de una comunidad autónoma cuando en dicho territorio radique su vivienda habitual salvo prueba en contrario, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora del IRPF.

- 2.º Cuando no fuese posible determinar la permanencia de acuerdo con el criterio anterior, se considerarán residentes en el territorio de la comunidad autónoma donde tengan su principal centro de intereses, es decir, donde obtengan la mayor parte de la base imponible del IRPF, determinada por los siguientes componentes de renta:

- Rendimientos de trabajo: Se entenderán obtenidos donde radique el centro de trabajo respectivo, si existe.
- Rendimientos del capital inmobiliario y ganancias patrimoniales derivadas de bienes inmuebles: Se entenderán obtenidos en el lugar en que radiquen estos.
- Rendimientos derivados de actividades económicas, ya sean empresariales o profesionales: Se entenderán obtenidos donde radique el centro de gestión de cada una de ellas.

- 3.º Cuando no pueda determinarse la residencia conforme a los criterios anteriores, se considerarán residentes en el lugar de su última residencia declarada a efectos del IRPF.

Con la entrada en vigor de la Ley 22/2009, los puntos de conexión difieren según estemos ante una comunidad autónoma de régimen común o un territorio foral.

Para finalizar no conviene olvidar la modificación de la disposición adicional segunda de la Ley del ISD por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, con el objeto de adecuar la normativa del ISD a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014.

Según el propio preámbulo de la Ley 26/2014, esta sentencia determinó que España incumplió el ordenamiento comunitario al permitir diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre

los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de este.

## Liquidación del impuesto

Hasta ahora hemos visto, en síntesis, una aproximación a la actual situación del impuesto. Veamos ahora como es su mecánica de liquidación. A lo largo de la solución del ejemplo, trataremos de ofrecer una visión resumida de los aspectos más destacables de la liquidación para así lograr su comprensión. El esquema de liquidación que presenta el ISD es sencillo:

Fase I	<b>Valor real de los bienes y derechos del causante</b>
	+ Bienes adicionados (art. 11 LISD)
	+ Ajuar doméstico (art. 15 LISD)
	<b>Masa hereditaria bruta</b>
	– Cargas deducibles (art. 12 LISD)
– Deudas deducibles (art. 13 LISD)	
– Gastos deducibles (art. 14 LISD)	
	<b>Masa hereditaria neta (a repartir entre los herederos)</b>

Fase II	<b>Base imponible previa (masa hereditaria neta repartida)</b>
	+ Seguro de vida
	<b>Base imponible</b>
	– Reducciones (art. 20 LISD y las aprobadas por las CC. AA.)
	<b>Base liquidable</b>
	Tarifa (art. 21 LISD y las aprobadas por las CC. AA.)
	<b>Cuota íntegra</b>
	Coeficientes multiplicadores (art. 22 LISD y los aprobados por las CC. AA.)
	<b>Cuota tributaria</b>
	– Deducciones y bonificaciones (arts. 23, 23 bis LISD y las aprobadas por las CC. AA.)
<b>A ingresar</b>	

Antes de comenzar a practicar las correspondientes liquidaciones es necesario determinar el importe de la porción hereditaria de cada uno de los herederos. En este caso resultan herederos testamentarios la viuda, doña Consuelo, y la hija del matrimonio, doña Isabel.

El esquema de liquidación, anteriormente comentado, lo hemos dividido en dos fases.

En la primera de ellas, trabajamos o realizamos las operaciones necesarias siempre en el patrimonio del causante. Esta fase comienza con la identificación y valoración de los bienes del causante al tiempo de su fallecimiento y termina con el reparto de los mismos en función de lo que se establezca en testamento, como es nuestro caso, o de las disposiciones que para las sucesiones intestadas establece el Código Civil.

Los pasos que componen esta primera fase son:

1. Determinación de la validez del testamento.
2. Disolución de la sociedad de gananciales.
3. Inventario y avalúo de los bienes hereditarios.
4. Partición y adjudicación de los mismos.

En la segunda fase, calculadas ya las porciones hereditarias, cada uno de los herederos podrá proceder con la liquidación del impuesto en función de su base imponible. En este punto conviene recordar lo siguiente respecto de los obligados al pago:

- Son sujetos pasivos los adquirentes, cualesquiera que sean las estipulaciones existentes entre las partes. En nuestro caso, los herederos testamentarios.
- No hay solidaridad entre ellos. Es decir, no cabe la liquidación por uno de ellos liberatoria del resto e, inversamente, la Administración no podrá dirigirse contra uno solo de los herederos para exigir el pago del impuesto de los demás.
- Solo pueden ser sujetos pasivos del ISD las personas físicas.

## Importe de las legítimas

El artículo 806 del Código Civil las define como la porción de bienes de que el testador no puede disponer libremente por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto «herederos forzosos».

Es decir, el Código Civil obliga al testador a dejar, en su caso, a determinados herederos (forzosos) un importe mínimo del caudal hereditario. A este importe mínimo se le denomina «legítima».

El importe que representa la legítima debe ser tenido en cuenta por el testador a la hora de establecer el reparto para que este no pueda ser impugnado por parte de aquellos herederos que entiendan perjudicada su cuota.

El artículo 807 nos indica quiénes tienen derecho a esta legítima:

- 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
- 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
- 3.º El viudo o la viuda en la forma y medida que establece el Código Civil.

Por otra parte, los artículos 808, 809 y 834 establecen los importes de las legítimas:

- a) Legítima de los hijos y descendientes: Las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.
- b) Legítima del cónyuge viudo: Usufructo del tercio de mejora si concurre con hijos o descendientes; usufructo de la mitad de la herencia si concurre con los padres o ascendientes del causante y usufructo de una tercera parte si no concurre con nadie.
- c) Legítima de los padres y ascendientes: Un tercio del haber hereditario si concurren con el cónyuge viudo o la mitad si no concurren con nadie.

En nuestro ejemplo, la viuda recibe el usufructo de toda la herencia, cuantía superior al importe de la legítima que como mínimo le corresponde, mientras que a la hija se le otorga la nuda propiedad de todos los bienes, cumpliendo, asimismo, con el importe de su legítima. Siendo el testamento válido y no incurriendo en ninguna causa que determine su nulidad, podemos afirmar que el testamento es la ley de la sucesión y con arreglo a sus disposiciones debemos distribuir los bienes hereditarios para después obtener, de cara a la liquidación del impuesto, las bases imponibles de cada obligado.

## Disolución de la sociedad de gananciales. Inventario y avalúo

Como segundo paso previo a la determinación del caudal hereditario y liquidación del impuesto y aún dentro de la primera fase, procedemos a la disolución de la sociedad de gananciales y ello por aplicación del artículo 85 del Código Civil según el cual el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Fallecido uno de los cónyuges, disuelto el matrimonio y, por ende, el régimen económico que lo regula. En nuestro caso, la sociedad de gananciales.

Una primera operación encaminada a buscar un determinado nivel de ahorro fiscal se podría llevar a cabo en este momento. A falta de disposición testamentaria que establezca otra cosa y que nos obligue a efectuar el reparto de los bienes hereditarios de una determinada forma, podemos buscar este ahorro, por ejemplo, mediante la adjudicación a la herencia, en la mayor medida posible, de aquellos bienes que disfrutaban del beneficio fiscal de las reducciones de su valor según el artículo 20 de la LISD o normativa autonómica aplicable y a la viuda, en pago de su mitad en la sociedad de gananciales, aquellos bienes que no gozan de beneficio alguno en el ISD.

Hay que recordar que los incrementos patrimoniales que se ponen de manifiesto con motivo de la disolución de la sociedad de gananciales no tributan en el IRPF y son transmisiones exentas del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados.

Así, el artículo 33 de la 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, establece que:

«Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por esta ley se califiquen como rendimientos.

Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio:

- a) En los supuestos de división de la cosa común.
- b) En la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación.
- c) En la disolución de comunidades de bienes o en los casos de separación de comuneros».

Por otra parte, el artículo 45.I B) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, declara exentas «Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales».

Un reparto podría ser el siguiente:

Siendo el valor total del inventario ganancial 2.075.000 euros, corresponde al cónyuge viudo, en pago de su participación en la sociedad de gananciales, la mitad de dicho importe, es decir, 1.037.500 euros. La otra mitad se integra en el caudal hereditario.

Descripción del bien	A la herencia	A la viuda
Vivienda habitual sita en Alicante .....	450.000	
Chalé en la costa alicantina .....		400.000
Solar en la localidad alicantina de Denia .....		200.000
Cuentas corrientes, a la vista o a plazo .....	187.500	112.500
Fondo de inversión .....		125.000
Cartera de acciones en empresas del IBEX .....		200.000
80 % del capital social de la mercantil ABCD .....	400.000	
<b>Valor total de los bienes gananciales .....</b>	<b>1.037.500</b>	<b>1.037.500</b>

## Partición y adjudicación

Procedemos ahora a determinar el importe de las porciones hereditarias de doña Consuelo e Isabel.

Compone la masa hereditaria el 50 % de la suma de los bienes gananciales más la totalidad del valor de los bienes privativos. El detalle sería el siguiente:

Descripción del bien	Valor en euros
Suma de bienes privativos .....	650.000
Mitad de bienes gananciales (2.075.000/2) .....	1.037.500
<b>Masa hereditaria bruta .....</b>	<b>1.687.500</b>

Recordemos cuál es el camino que conduce a la determinación de cada una de las bases imponibles:

Fase I	Valor real de los bienes y derechos del causante	
	+ Bienes adicionados (art. 11 LISD)	
	+ Ajuar doméstico (art. 15 LISD)	
		.../...

.../...	
Fase I (cont.)	<b>Masa hereditaria bruta</b>
	– Cargas deducibles (art. 12 LISD)
	– Deudas deducibles (art. 13 LISD)
	– Gastos deducibles (art. 14 LISD)
<b>Masa hereditaria neta (a repartir entre los herederos)</b>	

El enunciado no ofrece información que denote la existencia de alguno de los presupuestos para la aplicación de las presunciones del artículo 11 de la LISD. Por lo tanto, queda por determinar el importe correspondiente al ajuar doméstico.

El ajuar doméstico se encuentra regulado en los artículos 15 de la LISD y 34 del RISD, forma parte de la masa hereditaria y se valora en el 3% del importe del caudal relicto del causante, salvo que los interesados asignen a este ajuar un valor superior o prueben fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulte de la aplicación del referido porcentaje.

Como hemos dicho, se presume que el ajuar doméstico forma parte de la masa hereditaria, por lo que si no está incluido en el inventario de los bienes relictos del causante, lo adicionará de oficio la oficina gestora para determinar la base imponible de los causahabientes.

Para el cálculo del ajuar doméstico no se incluye el valor de los bienes adicionados en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la LISD, ni, en su caso, el de las donaciones acumuladas, así como tampoco el importe de las cantidades que procedan de seguros sobre la vida contratados por el causante si el seguro es individual o el de los seguros en que figure como asegurado si fuere colectivo.

Por último, el valor del ajuar doméstico se ha de minorar, en su caso, en el de los bienes que, por disposición del artículo 1.321 del Código Civil (o disposiciones análogas de derecho civil, foral o especial), deben entregarse al cónyuge sobreviviente, cuyo valor se fija en el 3% del valor catastral de la vivienda habitual del matrimonio, salvo que los interesados acrediten fehacientemente uno superior.

De acuerdo con lo anterior, el valor del ajuar doméstico se obtiene de la siguiente forma:

Caudal hereditario .....	1.687.500
3 % del caudal hereditario (0,03 × 1.687.500) .....	50.625
	.../...

.../...	
3 % del valor catastral de la vivienda habitual (0,03 × 75.000) .....	-2.250
<b>Valor del ajuar doméstico .....</b>	<b>48.375</b>

No deducimos el importe correspondiente a la carga que recae sobre el solar situado en Denia al haber sido adjudicado a la viuda en pago de su mitad en la sociedad de gananciales.

Vamos ahora a calcular el valor de la masa hereditaria que, recordemos, es el importe que tendremos que repartir entre los herederos de acuerdo con lo dispuesto en el testamento y con el que finalizaremos la primera fase:

Valor real de los bienes y derechos del causante .....	1.687.500
Ajuar doméstico .....	48.375
Deudas deducibles (1) .....	-10.000
Gastos de entierro y funeral (2) .....	-5.000
<b>Masa hereditaria neta .....</b>	<b>1.720.875</b>

(1) Pueden deducirse, con carácter general, las deudas que dejare contraídas el causante de la sucesión siempre que su existencia se acredite por documento público o por documento privado que reúna los requisitos del artículo 1.227 del Código Civil o se justifique de otro modo la existencia de aquella, salvo las que lo fuesen a favor de los herederos o de los legatarios de parte alicuota y de los cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos de aquellos, aunque renuncien a la herencia.

En especial, son deducibles las cantidades que adeudare el causante por razón de tributos del Estado, de comunidades autónomas o de corporaciones locales o por deudas de la Seguridad Social y que se satisfagan por los herederos, albaceas o administradores del caudal hereditario, aunque correspondan a liquidaciones giradas después del fallecimiento (art. 13 LISD).

Respecto de la carga existente sobre el solar de la localidad de Denia, tal y como ya se ha apuntado anteriormente, no es deducible, ya que tanto el solar, como la carga que necesariamente le acompaña, se han adjudicado, previamente, a la viuda en pago de su mitad en la sociedad de gananciales.

(2) Respecto de los gastos, son deducibles:

- a) Los gastos que cuando la testamentaria o abintestato adquieran carácter litigioso se ocasionen en el litigio en interés común de todos los herederos por la representación legítima de dichas testamentarias o abintestatos, excepto los de administración del caudal relicto, siempre que resulten aquellos cumplidamente justificados con testimonio de los autos.
- b) Los gastos de última enfermedad, entierro y funeral, en cuanto se justifiquen. Los de entierro y funeral deberán guardar, además, la debida proporción con el caudal hereditario, conforme a los usos y costumbres de la localidad (art. 14 LISD).

## Determinación de la base imponible de cada heredero

Recordemos que a doña Consuelo se le asigna el usufructo vitalicio de todos los bienes hereditarios, mientras que a Isabel le corresponde la nuda propiedad.

El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa y se constituye

por la propia ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción (arts. 467 y 468 CC).

- El valor del usufructo temporal se reputa proporcional al valor total de los bienes, en razón del 2 % por cada periodo de un año, sin exceder del 70 %.

En los usufructos vitalicios se estima que el valor es igual al 70 % del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de 20 años, minorando a medida que aumenta la edad, en la proporción de un 1 % menos por cada año más, con el límite mínimo del 10 % del valor total.

- El valor del derecho de nuda propiedad se computa por la diferencia entre el valor del usufructo y el valor total de los bienes.

Desarrollando la anterior norma, podemos calcular el valor del usufructo vitalicio de acuerdo con la siguiente fórmula:

89 – Edad del usufructuario en su constitución

Siendo la edad de doña Consuelo de 60 años el valor del usufructo vitalicio es el siguiente:

$$89 - 60 = 29\%$$

Por lo tanto, la porción hereditaria de doña Consuelo sería la siguiente:

$$1.720.875 \times 0,29 = 499.053,75 \text{ euros}$$

Mientras que la porción hereditaria de Isabel es la diferencia:

$$1.720.875 - 499.053,75 = 1.221.821,25 \text{ euros}$$

Además de la porción hereditaria sobre los bienes y derechos del causante que recibe cada heredero el enunciado nos advierte de la existencia de un seguro sobre la vida contratado por el causante con dinero privativo y del que resultan beneficiarios los herederos por partes iguales. Por lo tanto, siendo el importe de la indemnización de 60.000 euros, cada uno de los beneficiarios recibirá 30.000 euros. Hay que señalar que cuando el seguro se hubiese contratado, por cualquiera de los cónyuges, con cargo a la sociedad de gananciales y el beneficiario fuese el cónyuge sobreviviente, la base imponible de este estará constituida por la mitad de la cantidad percibida.

La forma en la que estos importes se integran en el impuesto es sencilla: las cantidades percibidas por razón de seguros sobre la vida se liquidarán acumulando su importe al del resto de los bienes y derechos que integran la porción hereditaria del beneficiario.

Teniendo en cuenta las cantidades percibidas por cada heredero en concepto de seguro, obtenemos la base imponible definitiva de cada uno de ellos:

- Doña Consuelo (499.053,75 + 30.000) ..... 529.053,75 euros
- Doña Isabel (1.221.821,25 + 30.000) ..... 1.251.821,25 euros

## Normativa aplicable

El ISD es un tributo cedido, siendo el punto de conexión que determina la normativa autonómica aplicable el de la residencia habitual del causante durante los cinco años anteriores a su fallecimiento. En consecuencia, asumirá competencias la autonomía en la que el causante haya residido un mayor número de días del periodo de cinco años anteriores al devengo.

Don Javier, pese a haber fallecido en Madrid, tenía su residencia habitual durante los últimos 15 años en Alicante, Comunidad Valenciana (desde la jubilación a los 65 años hasta los 80 que tiene al fallecer). Por lo tanto, procede la aplicación de la Ley 13/1997, de la Generalitat Valenciana, de 23 de diciembre, por la que se regula el tramo autonómico del IRPF y restantes tributos cedidos.

Una primera consecuencia, más allá de la determinación de la comunidad competente para la gestión del impuesto y obtención de su rendimiento, es que vamos a tener en cuenta la normativa que la Comunidad Valenciana haya podido aprobar en materia de ISD para fijar las reducciones sobre la base imponible, la tarifa, los coeficientes multiplicadores y las deducciones o bonificaciones aplicables sobre la cuota. Otras normas de gestión, como pueden ser los plazos de presentación, también exigirán considerar la normativa autonómica.

## Liquidación de doña Consuelo

Base imponible .....	529.053,75
Reducción por parentesco (1) .....	-100.000
Reducción por seguro de vida (2) .....	-9.195,49
Reducción por adquisición de vivienda habitual (3) $(450.000 \times 1 \times 0,29 \times 0,95)$ .....	-123.975
Reducción por adquisición de participaciones (4) $(400.000 \times 0,9 \times 0,29 \times 0,95)$ .....	-99.180
	.../...

.../...	
<b>Base liquidable</b> .....	<b>196.703,26</b>
Cuota íntegra (5) (22.609,81 + 8.542,44) .....	31.152,25
Cuota tributaria (6) (31.152,25 × 1,05) .....	32.709,86
Deducciones y bonificaciones (7) (32.709,86 × 0,5) .....	-16.354,93
<b>A ingresar</b> .....	<b>16.354,93</b>
<p>(1) Artículo 10 de la Ley 13/1997, de la Generalitat Valenciana: «Para el cálculo de la base liquidable del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en las transmisiones <i>mortis causa</i> resultarán aplicables las siguientes reducciones: [...] – Grupo II: adquisiciones por descendientes y adoptados de 21 o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes, 100.000 euros».</p> <p>(2) Artículo 20.2 b) de la LISD: «Se aplicará una reducción del 100 por ciento, con un límite de 9.195,49 euros, a las cantidades percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros sobre vida, cuando su parentesco con el contratante fallecido sea de cónyuge, ascendiente, descendiente, adoptante o adoptado. En los seguros colectivos o contratados por las empresas a favor de sus empleados se estará al grado de parentesco entre el asegurado fallecido y beneficiario».</p> <p>(3) Artículo 10.Uno c) de la Ley 13/1997, de la Generalitat Valenciana: «En las adquisiciones de la vivienda habitual del causante, se aplicará, con el límite de 150.000 euros para cada sujeto pasivo, una reducción del 95 por 100 del valor de dicha vivienda, siempre que los causahabientes sean el cónyuge, ascendientes o descendientes de aquel, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento, y que la adquisición se mantenga durante los cinco años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo».</p> <p>(4) Artículo 20.2 c) de la LISD: «En los casos en los que en la base imponible de una adquisición "mortis causa" que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran estos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con los apartados anteriores, otra del 95 por 100 del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.</p> <p>En los supuestos del párrafo anterior, cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la reducción del 95 por 100».</p> <p>Artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre el patrimonio: Estarán exentas «La plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurren las condiciones siguientes:</p> <p>a) Que la entidad, sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. [...]</p> <p>b) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.</p> <p>c) Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal. [...]</p> <p>La exención solo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 16.uno de esta ley, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad, aplicándose estas mismas reglas en la valoración de las participaciones de entidades participadas para determinar el valor de las de su entidad tenedora».</p>	
.../...	

.../...

Se cumplen los requisitos de participación y retribución exigidos al causante:

- Posee el 40 % de las participaciones en el capital social de la mercantil ABCD (80 % en gananciales).
- Percibe por las funciones de dirección 75.000 euros anuales, siendo su base imponible del IRPF de 78.250 euros (su retribución como directivo de la sociedad constituye la principal fuente de renta).

Por lo que respecta al porcentaje de participaciones que están exentas del IP:

$$\% = (\text{Activos necesarios} - \text{Deudas}) / \text{Patrimonio neto}$$

$$\% = (430.000 - 25.000) / 450.000 = 90 \%$$

(5) Artículo 11 de la Ley 13/1997, de la Generalitat Valenciana.

- |                                      |           |
|--------------------------------------|-----------|
| • Hasta 156.503,55 .....             | 22.609,81 |
| • Resto (40.199,71) al 21,25 % ..... | 8.542,44  |

(6) Artículo 12 de la Ley 13/1997, de la Generalitat Valenciana.

Hay que tener en cuenta que pese a que el enunciado nos diga que la viuda carecía de patrimonio preexistente, por el mero hecho de la disolución de la sociedad de gananciales ella ya es dueña de pleno derecho de la mitad de dicha sociedad y hemos calculado que su valor asciende a 1.037.500 euros.

(7) Artículo 12 bis de la Ley 13/1997, de la Generalitat Valenciana: «Gozarán de las siguientes bonificaciones sobre la parte de la cuota tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que proporcionalmente corresponda a los bienes y derechos declarados por el sujeto pasivo: [...] Una bonificación del 50 por 100 las adquisiciones *mortis causa* por parientes del causante pertenecientes al grupo II del artículo 20.2.a de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones».

## Liquidación de Isabel

A la hora de liquidar el impuesto a la nudo propietaria surgen diferencias respecto de la liquidación de la usufructuaria. Si bien la viuda responde al esquema tradicional de liquidación, no ocurre lo mismo con la liquidación de la nudo propietaria, doña Isabel:

Al adquirir la nuda propiedad se efectúa la liquidación teniendo en cuenta el valor correspondiente a aquella, minorado, en su caso, por el importe de todas las reducciones a que tenga derecho y con aplicación del tipo medio efectivo de gravamen correspondiente al valor íntegro de los bienes.

A estos efectos, el tipo medio efectivo se calcula dividiendo la cuota tributaria correspondiente a una base liquidable teórica, para cuya determinación se haya tomado en cuenta el valor íntegro de los bienes, por esta misma base y multiplicando el cociente por 100, expresando el resultado con inclusión de hasta dos decimales (art. 26 LISD).

El usufructo tiene un carácter limitado desde el punto de vista temporal y está llamado a su extinción mediante, en este caso, la consolidación de la plena propiedad en la nudo propietaria. Es decir, acaba adquiriendo también la parte correspondiente al usufructo cuando fallezca el titular del mismo (en este caso, la viuda, doña Consuelo).

Por lo tanto, la nudo propietaria debe tributar, en un primer momento (fallecimiento de don Javier) por el valor de la nuda propiedad y, en un segundo momento, al extinguirse el usufructo (fallecimiento de doña Consuelo) por el valor del usufructo que adquiere en ese momento. Con

el fin de lograr una tributación homogénea, ambas liquidaciones deben tributar al tipo medio de gravamen correspondiente a una adquisición en pleno dominio de la totalidad de los bienes.

En consecuencia, debemos calcular el tipo medio de gravamen correspondiente a la base liquidable de la adquisición en pleno dominio total por parte de doña Isabel. Esto se realiza sobre una base liquidable teórica (con aplicación de todas las reducciones subjetivas y objetivas) correspondiente al valor total de los bienes, sin consideración al valor del usufructo y nuda propiedad que le corresponderían de adquirir el pleno dominio de los mismos.

Si la nudo propietaria adquiere otros bienes en pleno dominio, además de los sujetos a usufructo, el tipo medio se calcula sobre la base liquidable correspondiente a la total adquisición.

Al constituirse el usufructo la nudo propietaria adquiere un importe representativo de un porcentaje sobre el valor total de los bienes. Este importe es la diferencia entre el valor total de los bienes y el correspondiente al usufructo. Tan solo procede calcular el porcentaje de usufructo para, con la diferencia sobre el 100%, obtener el de la nuda propiedad.

Dicho importe, con deducción proporcional de cargas, gastos y deudas, representa la base imponible sobre la que liquidar.

Tan solo resta por aplicar el tipo impositivo sobre esta base liquidable que, para el caso de la nudo propietaria, como ya se ha apuntado, no será la tarifa general de la LISD (o la prevista en la normativa autonómica aplicable), sino que aplicaremos el tipo medio de gravamen previamente calculado de acuerdo con las reglas expuestas anteriormente.

En resumen:

1. Determinación de la base imponible correspondiente a doña Isabel conforme a las reglas generales previstas para calcular el usufructo y considerando la diferencia de valor entre el valor total de los bienes y el del usufructo.
2. Obtención de su base liquidable mediante la aplicación de las reducciones que correspondan (las subjetivas hasta agotarlas y las objetivas en función de la naturaleza de los bienes y en consideración al porcentaje que represente la nuda propiedad).
3. Aplicación del tipo medio de gravamen a la base liquidable.

### Cálculo del tipo medio de gravamen

Base imponible teórica (1.720.875 + 30.000) .....	1.750.875
Reducción por parentesco .....	-100.000
	.../...

.../...	
Reducción por minusvalía .....	-240.000
Reducción por seguro de vida .....	-9.195,49
Reducción por adquisición de vivienda habitual (450.000 × 1 × 0,95) .....	-150.000
Reducción por adquisición de participaciones (400.000 × 0,9 × 0,95) .....	-342.000
<b>Base liquidable teórica .....</b>	<b>909.679,51</b>
Cuota íntegra teórica (1) (195.382,76 + 43.439,33) .....	238.822,09
Cuota tributaria teórica (238.822,09 × 1) .....	238.822,09
(1) Artículo 11 de la Ley 13/1997, de la Generalitat Valenciana.	
• Hasta 781.916,75 .....	195.382,76
• Resto (127.762,76) al 34 % .....	43.439,33

Tipo medio de gravamen = (Cuota tributaria teórica/Base liquidable teórica) × 100

$$TMG = (238.822,09/909.679,51) \times 100 = 26,25\%$$

## Liquidación

<b>Base imponible .....</b>	<b>1.251.821,25</b>
Reducción por parentesco (1) .....	-100.000
Reducción por minusvalía (2) .....	-240.000
Reducción por seguro de vida (3) .....	-9.195,49
Reducción por adquisición de vivienda habitual (4) (450.000 × 1 × 0,71 × 0,95) .....	-150.000
Reducción por adquisición de participaciones (4) (400.000 × 0,9 × 0,71 × 0,95) .....	-242.820
<b>Base liquidable .....</b>	<b>509.805,76</b>
Cuota íntegra (5) (509.805,76 × 0,2625) .....	133.824,01
Deducciones y bonificaciones (133.824,01 × 0,5) .....	-66.912,01
<b>A ingresar .....</b>	<b>66.912</b>
.../...	

.../...

- (1) Artículo 10 de la Ley 13/1997, de la Generalitat Valenciana. Sirve lo dicho para la liquidación de doña Consuelo.
- (2) Artículo 10.Uno b) de la Ley 13/1997, de la Generalitat Valenciana: «En las adquisiciones por personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento, se aplicará una reducción de 120.000 euros, además de la que pudiera corresponder en función del grado de parentesco con el causante. En las adquisiciones por personas con discapacidad psíquica, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento, y por personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, la reducción antes citada será de 240.000 euros».
- (3) Artículo 20.Dos b) de la LISD. Sirve lo dicho para la liquidación de doña Consuelo.
- (4) Artículo 10.Uno. c) de la Ley 13/1997, de la Generalitat Valenciana. Sirve lo dicho para la liquidación de doña Consuelo.

## Extinción del usufructo

Al extinguirse el usufructo, la nudo propietaria vendrá obligada a pagar por este concepto sobre la base del valor atribuido al mismo en su constitución, minorado, en su caso, en el resto de la reducción por parentesco cuando la misma no se hubiese agotado en la liquidación practicada por la adquisición de la nuda propiedad, y con aplicación del mismo tipo medio efectivo de gravamen (art. 52 RISD).

Fallecido el usufructuario se produce la consolidación ordinaria del usufructo en la nudo propietaria, deviniendo en pleno propietaria, debiendo practicarse la segunda liquidación por tal concepto, de acuerdo con los siguientes pasos:

1. Determinación de la base imponible correspondiente al valor del usufructo al tiempo de su constitución sin deducción de las en su día deudas y gastos deducibles correspondientes al usufructo, pues ya fueron objeto de deducción por la usufructuaria al tributar por su adquisición.
2. Determinación de la base liquidable con aplicación de las reducciones subjetivas en caso de no haberse agotado en la liquidación de la nuda propiedad y de las reducciones objetivas correspondientes al valor del usufructo que ahora adquiere.
3. A dicha base liquidable se le aplicará el tipo medio de gravamen, obteniéndose así la cuota tributaria.

Como aspecto relevante al hablar de los usufructos creados por disposición testamentaria y por tratarse de una opción bastante utilizada, vamos a hacer referencia a la sustitución del usufructo del cónyuge sobreviviente:

El artículo 839 del Código Civil dice: «Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte del usufructo asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Mientras esto no se realice, estarán todos los bienes de la herencia al pago de la parte del usufructo que corresponda al cónyuge».

Según el artículo 840 del Código Civil: «Cuando se esté en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 837, el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho, a elección de estos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios».

Pues bien, cuando en virtud de lo dispuesto en los artículos 839 y 840 del Código Civil se hiciese pago al cónyuge sobreviviente de su haber legitimario en forma o concepto distinto del usufructo, se girará una liquidación sobre la cantidad coincidente del valor comprobado de los bienes y derechos adjudicados y el asignado al usufructo (según las reglas ya vistas), sin que haya lugar, en consecuencia, a practicar liquidación alguna por la nuda propiedad a los herederos ni, en su día, por extinción del usufructo.

Si resulta que el valor de lo adjudicado en forma distinta del usufructo fuese menor o mayor de lo que correspondería al cónyuge viudo habrá un exceso de adjudicación (art. 57 RISD).

## Presentación

Los sujetos pasivos vendrán obligados a presentar la declaración del impuesto en los siguientes plazos:

- a) Adquisiciones *mortis causa* (incluidas las de los beneficiarios de contratos de seguro de vida): 6 meses, contados desde el día del fallecimiento del causante o desde aquel en que adquiera firmeza la declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo previsto en la normativa autonómica que resulte aplicable
- b) En los demás supuestos: 30 días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que se cause el acto o contrato, sin perjuicio de lo previsto en la normativa autonómica que resulte aplicable.

No obstante, podrán optar por presentar una autoliquidación, en cuyo caso deberán practicar las operaciones necesarias para determinar el importe de la deuda tributaria y acompañar el documento o declaración en el que se contenga o se constate el hecho imponible y autoliquidarán, con carácter obligatorio, en las comunidades autónomas en que así se establezca en función de donde se considere producido el hecho imponible según los puntos de conexión.

La implantación con carácter obligatorio del régimen de autoliquidación será establecido por el Estado conforme las autonomías vayan estableciendo un servicio de asistencia al contribuyente para cumplimentar dicha autoliquidación.

De acuerdo con esto se establece el régimen de autoliquidación del impuesto con carácter obligatorio en las siguientes comunidades autónomas: Andalucía, Aragón, Principado de Asturias, Islas Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Galicia, Murcia y Valencia.

La Administración competente para la recepción de los documentos o declaraciones podrá otorgar prórroga para la presentación de los documentos o declaraciones relativos a adquisiciones por causa de muerte por un plazo igual al señalado para su presentación.

La solicitud de prórroga se presentará por los herederos, albaceas o administradores del caudal relicto dentro de los cinco primeros meses del plazo de presentación.

Cuando, en relación con actos o contratos relativos a hechos imposables gravados por el ISD, se promueva litigio o juicio voluntario de testamentaría, se interrumpirán los plazos establecidos para la presentación de los documentos y declaraciones, empezando a contarse de nuevo desde el día siguiente a aquel en que sea firme la resolución definitiva que ponga término al procedimiento judicial. Si se promueven después de haberse presentado en plazo el documento o la declaración, la Administración suspenderá la liquidación hasta que sea firme la resolución definitiva y si se promovieran con posterioridad a la expiración del plazo de presentación o del de la prórroga que se hubiese concedido, la Administración requerirá la presentación pero podrá suspender la liquidación hasta que recaiga resolución firme, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, procedan. Si se promovieran después de practicada la liquidación podrá acordarse el aplazamiento de pago.

No se considerarán cuestiones litigiosas, a los efectos de la suspensión de plazos:

- Las diligencias judiciales que tengan por objeto la apertura de testamentos o elevación de estos a escritura pública.
- La formación de inventarios para aceptar la herencia con dicho beneficio o con el de deliberar.
- El nombramiento de tutor, curador o defensor judicial.
- La prevención del abintestato o del juicio de testamentaría.
- La declaración de herederos cuando no se formule oposición y, en general, las actuaciones de jurisdicción voluntaria cuando no adquieran carácter contencioso.

La promoción del juicio voluntario de testamentaría interrumpirá los plazos, que empezarán a contarse de nuevo desde el día siguiente al que quedare firme el auto aprobando las operaciones divisorias, o la sentencia que pusiere término al pleito en caso de oposición, o bien desde que todos los interesados desistieren del juicio promovido. Se asimilan a las cuestiones litigiosas los procedimientos penales que versen sobre la falsedad del testamento o del documento determinante de la transmisión.

## Supuestos especiales de aplazamientos y fraccionamientos

Los órganos competentes podrán acordar el aplazamiento de las liquidaciones giradas por adquisiciones *mortis causa*, por término de hasta un año, cuando se solicite antes de expirar el

plazo reglamentario de pago y siempre que no exista inventariado entre los bienes del causante efectivo o bienes de fácil realización suficientes para el abono de las cuotas liquidadas.

Podrán, asimismo, acordar el fraccionamiento de las liquidaciones giradas por adquisiciones *mortis causa*, en cinco anualidades como máximo, siempre que concurren las anteriores condiciones y se acompañe compromiso de constituir garantía suficiente que cubra el importe de la deuda principal e intereses de demora, más un 25 % de la suma de ambas partidas.

Cuando no se conozcan los causahabientes, el aplazamiento será hasta que fueren conocidos los causahabientes en una sucesión en las mismas condiciones anteriores.

La concesión tanto del aplazamiento como del fraccionamiento implicará la obligación de pagar el interés de demora vigente el día en que comience su devengo.

## **Aplazamiento en caso de transmisión de empresas individuales y de la vivienda habitual**

Los órganos competentes podrán aplazar por tres años, a petición del sujeto pasivo, el pago de las liquidaciones giradas como consecuencia de la transmisión por herencia, legado o donación de una empresa individual que ejerza una actividad industrial, comercial, artesanal, agrícola o profesional y la vivienda habitual de una persona siempre que el adquirente de la misma sea el cónyuge, ascendiente, o descendiente de aquel, o bien pariente colateral, mayor de 65 años, que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores a su fallecimiento.

La solicitud deberá presentarse antes de expirar el plazo reglamentario de ingreso, acompañada del compromiso de constituir garantía suficiente.

Vencido el aplazamiento a que se refiere el apartado anterior, podrán acordar con las mismas condiciones y el cumplimiento de idénticos requisitos, el fraccionamiento de pago en siete plazos semestrales sucesivos, a partir de la notificación de la concesión del fraccionamiento (art. 85 RISD).

## **Fraccionamiento de la cuota derivada de las cantidades percibidas en forma de renta por contratos de seguro sobre la vida**

El beneficiario podrá solicitar el fraccionamiento de la parte de la cuota resultante de aplicar sobre el valor actual de la renta, vitalicia o temporal, deducido en su caso el importe de la reducción a que se refiere el artículo 20 de la LISD, el tipo medio de gravamen.

La Administración competente acordará el fraccionamiento en el número de años en que se perciba la renta, si fuera temporal, o en 15 años si fuera vitalicia, no exigiéndose la constitución de ningún tipo de caución ni devengándose intereses de demora.

## ¿Cuánto cuesta morir en España?

Por ultimo y para tener una visión más completa sobre la realidad actual del impuesto con motivo de la delegación de competencias existente, vamos a terminar con unas reflexiones...

¿Cuánto cuesta morir en España? ¿Pagan lo mismo todos los españoles por recibir idénticos bienes? ¿Reciben el mismo trato fiscal todos los españoles? ¿Existe homogeneidad en el impuesto? ¿Hasta dónde alcanzan las diferencias?

A lo largo de este artículo se ha dicho, por una parte, que hablar de ISD es hablar de financiación autonómica y, por otra, que a la hora de liquidar el impuesto el ciudadano se enfrenta a un amplísimo abanico normativo, especialmente autonómico, que conduce a importantes diferencias entre los territorios españoles.

Unas diferencias que son evidentes y que necesitan de una profunda reflexión sobre su evolución y la conveniencia de su mantenimiento, al menos en los términos actuales. Para ilustrar estas diferencias vamos a volver a simular la liquidación que correspondería practicar a doña Consuelo. Y lo vamos a hacer tomando como referencia las siguientes autonomías: Asturias, Castilla-La Mancha, Galicia, Madrid y la ya analizada de Valencia.

Partimos de la base imponible ya calculada, de 529.053,75 euros, de los mismos bienes, así como de su valoración y, en todos los casos, vamos a dar por cumplidos los requisitos exigidos en cada una de las comunidades autónomas para la aplicación de los beneficios fiscales de los que disponen. Los resultados serían los siguientes:

	Asturias	CLM	Galicia	Madrid	Valencia
Base imponible .....	529.053,75	529.053,75	529.053,75	529.053,75	529.053,75
Reducción por parentesco .....	-200.000	-15.956,87	-400.000	-16.000	-100.000
Reducción por vivienda habitual	-122.606,47	-122.606,47	-130.500	-123.000	-123.975
Reducción por seguro de vida ...	-9.195,49	-9.195,49	-9.195,49	-9.200	-9.195,49
Reducción por participaciones ..	-103.356	-103.356	-103.356	-99.180	-99.180
Base liquidable .....	93.895,79	277.938,92	0	281.673,75	196.703,26
Cuota íntegra .....	21.563,43	49.841,24		50.757,79	31.152,25
Coeficiente .....	× 1,05	× 1,05		× 1,05	× 1,05
					.../...

	Asturias	CLM	Galicia	Madrid	Valencia
.../...					
Cuota tributaria .....	22.641,60	52.333,30		53.295,68	32.709,86
Deducciones y bonificaciones ...	0	-44.483,31		-52.762,72	-16.354,93
<b>A ingresar .....</b>	<b>22.641,60</b>	<b>7.849,99</b>	<b>0</b>	<b>532,96</b>	<b>16.354,93</b>

Como se puede ver, esta comparativa da respuesta a las anteriores preguntas y deja en evidencia un panorama tributario que, desde el punto de vista de los tributos cedidos (en este caso, el ISD), encuentra difícil encaje en el principio constitucional con el que ha dado comienzo este artículo: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio» (art. 31 de la Constitución española), a lo que habría que añadir otro: «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» (art. 139 de la Constitución española).

# PRIMERA PARTE DEL SEGUNDO EJERCICIO RESUELTO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO SUPERIOR DE INTERVENTORES Y AUDITORES DEL ESTADO

**Ana Luna García González**

*Interventora y Auditora del Estado*

(Primera parte del segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado, convocado por Orden HAP/2423/2015, de 12 de noviembre [BOE de 17 de noviembre]).

---

## Sumario

- Caso 1. Contabilidad de sociedades.** Fusión por absorción de dos sociedades, determinación de la sociedad adquirente y adquirida, cálculo del fondo de comercio, contabilidad de la sociedad absorbente y de la sociedad absorbida.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Problemática contable del *script dividend* con determinación del número de derechos de asignación gratuita, número de acciones a emitir y venta de los derechos.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Anualidad de un préstamo, baja de pasivos financieros y contabilidad del convenio de acreedores.
- Caso 4. Contabilidad financiera.** Operaciones entre empresas del grupo, cobro de dividendos en especie (negocio) y aportación no dineraria de un negocio.
- Caso 5. Contabilidad de sociedades.** Adquisición de acciones propias operando los límites establecidos en el TRLSC.

## CASO PRÁCTICO NÚM. 1

### Contabilidad de sociedades

Las sociedades A y B se van a fusionar, absorbiendo la sociedad A a la sociedad B. El balance de las sociedades indicadas en la fecha de la combinación de negocios es el siguiente, se indica el valor razonable de cada partida (en um):

SOCIEDAD A					
	Importe	Valor razonable / y valor del fondo de comercio		Importe	Valor razonable
Participación capital socie- dad B .....	4.800	¿?	Capital social (2) .....	4.000	
Otro activo no circulante ....	61.600	64.400	Reservas .....	45.000	
Activo circulante .....	5.800	6.000	Resultado del ejercicio .....	9.800	
Fondo de comercio (1) .....		1.000	Pasivo no circulante .....	10.000	10.000
			Pasivo circulante .....	3.400	3.400
<b>Total activo .....</b>	<b>72.200</b>		<b>Total patrimonio neto y pasivo</b>	<b>72.200</b>	

(1) El importe del fondo de comercio es el que se obtiene a partir de la estimación de los beneficios futuros. Importe que sirve para obtener la relación de canje.  
 (2) Nominal 1 um por acción de sociedad A.

SOCIEDAD B					
	Importe	Valor razonable / y valor del fondo de comercio		Importe	Valor razonable
Participación capital socie- dad A .....	6.000	¿?	Capital social (2) .....	8.000	
Otro activo no circulante ....	35.600	36.000	Reservas .....	23.000	
Activo circulante .....	7.200	7.600	Resultado del ejercicio .....	5.800	
					.../...

SOCIEDAD B					
	Importe	Valor razonable / y valor del fondo de comercio		Importe	Valor razonable
.../...					
Fondo de comercio (1) .....		2.000	Pasivo no circulante .....	8.000	8.000
			Pasivo circulante .....	4.000	4.000
<b>Total activo .....</b>	<b>48.800</b>		<b>Total patrimonio neto y pasivo</b>	<b>48.800</b>	
<p>(1) El importe del fondo de comercio es el que se obtiene a partir de la estimación de los beneficios futuros. Importe que sirve para obtener la relación de canje.</p> <p>(2) Nominal 20 um por acción de sociedad B.</p> <p><b>Nota:</b> Para simplificar la relación de canje se calcula con los datos de las sociedades en la fecha de la combinación de negocios.</p>					

Se conoce también que:

- La sociedad A participa en el capital de la sociedad B en: 15%.
- La sociedad B participa en el capital de la sociedad A en: 10%.
- El cálculo del valor del fondo de comercio de las sociedades A y B se ha establecido a partir de los resultados que se espera obtener en los próximos 10 años (se estima que estén situados en torno a la media de los de los tres últimos años) y de los rendimientos medios en los sectores de actividad de estas sociedades, que son del 7%.
- Los beneficios medios de los tres últimos años de la sociedad A han sido 9.112 um y de la sociedad B de 5.695 um.

Se pide:

1. Registro contable de la fusión en la sociedad B.
2. Registro contable de la fusión en la sociedad A.
3. Explicar la forma de determinar el importe del fondo de comercio, con indicación de los cálculos efectuados.

## SOLUCIÓN

### Análisis de la operación

Sociedad A, SA	Sociedad B, SA
Absorbente	Absorbida
Capital social 4.000 um (4.000 accs. × 1 nominal)	Capital social 8.000 um (400 accs. × 20 nominal)
Participación previa de A en B: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Porcentaje de participación: 15 %.</li> <li>• <math>15\% \times 400 = 60</math> acciones de B.</li> <li>• Valor contable: 4.800 um.</li> </ul>	Participación previa de B en A: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Porcentaje de participación: 10 %.</li> <li>• <math>10\% \times 4.000 = 400</math> acciones de A.</li> <li>• Valor contable: 6.000 um.</li> </ul>

La operación que propone el enunciado se trata de una combinación de negocios entre sociedades que no forman parte del mismo grupo, por lo que contablemente debemos aplicar lo establecido en la norma de registro y valoración (NRV) 19.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad (PGC).

Asimismo, al contar la sociedad adquirente (sociedad A) con una participación previa en la sociedad adquirida, estaremos ante una fusión por etapas.

### Cálculo de los patrimonios de fusión y de los valores teóricos de las acciones

	Valor razonable de A, SA	Valor razonable de B, SA
Otro activo no circulante .....	64.400	36.000
Activo circulante .....	6.000	7.600
Fondo de comercio .....	1.000	2.000
Participaciones en instrumentos de patrimonio .....	60 acciones × Valor razonable de las acciones de B (Vr B)	400 acciones × Valor razonable de las acciones de A (Vr A)
Valor razonable activos .....	$71.400 + 60 \times Vr B$	$45.600 + 400 \times Vr A$
Pasivo no circulante .....	10.000	8.000
Pasivo circulante .....	3.400	4.000
Valor razonable pasivos .....	13.400	12.000
<b>Valor razonable total .....</b>	<b><math>58.000 + 60 \times Vr B</math></b>	<b><math>33.600 + 400 \times Vr A</math></b>

O lo que es lo mismo:

	A, SA	B, SA
<b>PATRIMONIO CONTABLE</b>		
Capital social .....	4.000	8.000
Reservas .....	45.000	23.000
Pérdidas y ganancias .....	9.800	5.800
<b>Total patrimonio contable .....</b>	<b>58.800</b>	<b>36.800</b>
+/- Ajustes .....	+4.000	+2.800
Otro activo no circulante .....	+2.800	+400
Activo circulante .....	+200	+400
Fondo de comercio .....	+1.000	+2.000
<b>Valor razonable previo al ajuste de cartera .....</b>	<b>62.800</b>	<b>39.600</b>

Para obtener los valores razonables de las empresas planteamos el siguiente sistema de ecuaciones:

Llamamos:

- Vr A: al valor razonable por acción de la sociedad A, SA.
- Vr B: al valor razonable por acción de la sociedad B, SA.
- VRA: al valor razonable de la sociedad A, SA ( $VRA = 4.000 \text{ accs.} \times Vr A$ ).
- VRB: al valor razonable de la sociedad B, SA ( $VRB = 400 \text{ accs.} \times Vr B$ ).

Sabemos que el ajuste a practicar por la diferencia entre el valor contable (VC) y el valor razonable (VR) de las participaciones recíprocas es:

- Ajuste en A. Por la diferencia entre:
  - VC: 4.800 um
  - VR: 60 accs.  $\times$  Vr B
- Ajuste en B. Por la diferencia entre:

- VC: 6.000 um
- VR: 400 accs. × Vr A

De ahí que:

- $Vr A = 62.800 + (60_{accs.} \times Vr B - 4.800)$
- $Vr B = 39.600 + (400_{accs.} \times Vr A - 6.000)$

O lo que es lo mismo,

- $4.000_{accs.} \times Vr A = 58.000 + 60_{accs.} \times Vr B$
- $400_{accs.} \times Vr B = 33.600 + 400_{accs.} \times Vr A$

Despejando,

- $Vr A = 16 \text{ um/acción}$
- $Vr A = 4.000 \text{ accs.} \times 16 = 64.000 \text{ um}$
- $Vr B = 84 + 16 = 100 \text{ um/acción}$
- $Vr B = 400 \text{ accs.} \times 100 = 40.000 \text{ um}$

	A, SA	B, SA
AJUSTE DE CARTERA		
VC IF en capital .....	4.800	6.000
VR IF en capital .....	$60 \times 100 = 6.000$	$400 \times 16 = 6.400$
Ajuste a realizar .....	+1.200	+400

### Determinación del VR de los activos identificables y pasivos de la sociedad adquirida B

	B, SA
PATRIMONIO CONTABLE	
Capital social .....	8.000
Reservas .....	23.000
	.../...

	B, SA
.../...	
Pérdidas y ganancias .....	5.800
<b>Total patrimonio contable .....</b>	<b>36.800</b>
+/- Ajustes .....	+1.200
Activo no circulante .....	+400
Activo circulante .....	+400
Ajuste de cartera .....	+400
<b>Valor razonable de activos identificables y pasivos de B .....</b>	<b>38.000</b>

**Determinación del coste de la combinación de negocios:** 40.000 um.

### Determinación del fondo comercio o diferencia negativa de la combinación de negocios

Se calculará por la diferencia entre los siguientes conceptos:

- Coste de la combinación de negocios: 40.000 um.
- Valor razonable de los activos identificables y pasivos asumidos: 38.000 um.
- Fondo de comercio: +2.000 um.

## 1. REGISTRO CONTABLE DE LA FUSIÓN EN LA SOCIEDAD B

### 1. Por la reapertura de la contabilidad

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Participación capital sociedad A .....	6.000	
	Otro activo no circulante .....	35.600	
	Activo circulante .....	7.200	
100	Capital social .....		8.000
11-	Reservas .....		23.000
129	Resultado del ejercicio .....		5.800
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
	Pasivo no circulante .....		8.000
	Pasivo circulante .....		4.000

2. Por el traspaso de los activos y pasivos de B a la sociedad absorbente A

Determina la NRV 19.<sup>a</sup> que salvo en los supuestos de adquisición inversa las empresas adquiridas que se extingan o escindan en una combinación de negocios deberán registrar el traspaso de los activos y pasivos integrantes del negocio transmitido cancelando las correspondientes partidas del balance y reconociendo el resultado de la operación en la cuenta de pérdidas y ganancias, por diferencia entre el valor en libros del negocio transmitido y el valor razonable de la contraprestación recibida a cambio, neta de los costes de transacción.

Cálculo del resultado de la fusión:

- Valor razonable de B en la fecha de adquisición: 40.000 um.
- Patrimonio contable entregado: 36.800 um.
- Resultado de la fusión: 3.200 um.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
	Pasivo no circulante .....	8.000	
	Pasivo circulante .....	4.000	
5531	Socios, cuenta de fusión .....	40.000	
250	Participación capital sociedad A .....		6.000
	Otro activo no circulante .....		35.600
	Activo circulante .....		7.200
1291	Resultado de la fusión .....		3.200

3. Por el cierre de la contabilidad y la entrega de las acciones a los socios de B

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social .....	8.000	
11-	Reservas .....	23.000	
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio .....	5.800	
1291	Resultado de la fusión .....	3.200	
5531	Socios, cuenta de fusión .....		40.000

## 2. REGISTRO CONTABLE DE LA FUSIÓN EN LA SOCIEDAD A

### 1. Por la reapertura de la contabilidad

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Participación capital sociedad B .....	4.800	
	Otro activo no circulante .....	61.600	
	Activo circulante .....	5.800	
100	Capital social .....		4.000
11-	Reservas .....		45.000
129	Resultado del ejercicio .....		9.800
	Pasivo no circulante .....		10.000
	Pasivo circulante .....		3.400

### 2. Por la aplicación del apartado 2.7 de la NRV 19.<sup>a</sup> del PGC

El citado apartado establece que cualquier beneficio o pérdida que surja como consecuencia de la valoración a valor razonable, en la fecha en la que se obtiene el control, de la participación previa de la adquirente en la adquirida, se reconocerá en la cuenta de pérdidas y ganancias.

- Valor contable de la inversión previa: 4.800 um.
- Valor razonable en la fecha en la que se obtiene el control de la inversión previa: 60 acciones de B  $\times$  100 = 6.000 um.
- Aumento de valor: 1.200 um.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Participación capital sociedad B .....	1.200	
763-	Beneficios en activos financieros .....		1.200

3. Por el cálculo de acciones a emitir

- Importe a entregar: 85% del valor razonable de la sociedad absorbida B:  $85\% \times 40.000 = 34.000$  um.
- Valor de emisión: Valor razonable de las acciones de la sociedad absorbente A: 16 um/acción.
- Número teórico de acciones a emitir:  $34.000/16 = 2.125$  acciones.

Si además suponemos que las acciones que B posee de A (400 acciones) y que, por tanto, A las recibirá como propias las entrega a los socios de B, en lugar de emitir las:

Número de acciones a emitir por A:  $2.125 - 400 = 1.725$  acciones.

Relación de canje:  $100/16 = 6,25$  acciones de A por cada acción de B.

4. Por la recepción de los activos y pasivos de la sociedad B a valor razonable

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
204	Fondo de comercio .....	2.000	
	Otro activo no circulante .....	36.000	
	Activo circulante .....	7.600	
108	Acciones propias en situaciones especiales (400 × 16) .....	6.400	
	Pasivo no circulante .....		8.000
	Pasivo circulante .....		4.000
5530	Socios de sociedad disuelta .....		40.000

5. Por la entrega de las acciones a los socios de B

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
5530	Socios de sociedad disuelta .....	40.000	
100	Capital social (1.725 × 1) .....		1.725
110	Prima de emisión o asunción (1.725 × 15) .....		25.875
108	Acciones propias en situaciones especiales .....		6.400
250	Participación capital sociedad B .....		6.000

### 3. FORMA DE DETERMINACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO

Según consta en el enunciado, los beneficios medios de los tres últimos años de la sociedad adquirida B han sido de 5.695 um.

De esta forma, y sabiendo que el cálculo del valor del fondo de comercio se establece a partir de los resultados esperados para los próximos 10 años, estimados en torno a la media de los últimos tres años, y que los rendimientos medios en los sectores de actividad de estas sociedades son del 7%, podemos obtener el valor razonable de la sociedad adquirida B de la forma siguiente.

$$VRB = 5.695 \times a_{10; 7\%} = 40.000 \text{ um}$$

Como se ha calculado en el primer apartado, el valor razonable de los activos identificables y pasivos de B asciende a 38.000 um.

Por ello, el valor del fondo de comercio es de 2.000 um.

## CASO PRÁCTICO NÚM. 2

### Contabilidad financiera

La sociedad B va a distribuir un dividendo por el sistema de *script dividend* (dividendo elección). Al amparo de este procedimiento, los accionistas de la sociedad B tendrán la opción, a su libre elección, de:

- a) No transmitir sus derechos de asignación gratuita en la totalidad o en parte. En tal caso, al final del periodo de negociación, los accionistas recibirán el número de acciones nuevas en la proporción que les corresponda totalmente liberadas.
- b) Transmitir la totalidad o parte de sus derechos de asignación gratuita a la sociedad B en virtud del compromiso de compra que ha asumido para este propósito. De esta forma, los accionistas optarían por monetizar sus derechos y percibir un importe en efectivo equivalente al pago del dividendo que en su caso la sociedad B hubiera procedido a abonar.
- c) Transmitir la totalidad o parte de sus derechos de asignación gratuita en el mercado. En este caso, los accionistas también optarían por monetizar sus derechos, si bien en este supuesto no recibirían un precio fijo garantizado.

Por su parte, la sociedad B ha asumido el compromiso de adquisición de los derechos que se realizará con cargo a la reserva de libre disposición denominada «reservas voluntarias», procedente de beneficios no distribuidos.

El número de derechos de asignación gratuita necesarios para recibir una (1) acción nueva de la sociedad B será el que resulte de la equivalencia teórica entre el valor de las acciones antes de la ampliación y después de la ampliación, redondeado al número entero superior. Conviene saber que:

- El precio de compra es de 0,5 um por cada derecho de asignación gratuita. Sería equivalente a repartir en metálico a todos los accionistas un dividendo bruto de 25.000.000 de um.
- El valor *ex ante* de una acción a efectos de determinar el número de derechos de asignación gratuita para suscribir una acción nueva es 10,5 um, que es la media aritmética de los precios medios ponderados de cotización de las acciones de la sociedad B en las Bolsas de Valores en las cinco sesiones bursátiles celebradas con anterioridad a la segregación en el título del derecho de asignación gratuita (redondeado a la centésima de um más cercana).
- El número de acciones de B en circulación en la fecha indicada es de 50.000.000.

La sociedad B renunciará a las acciones nuevas que correspondan a los derechos de asignación gratuita que haya adquirido en aplicación de su compromiso irrevocable de compra, por lo que únicamente se emitirán las acciones nuevas que correspondan a los derechos de asignación gratuita no adquiridos por la sociedad B en ejecución de este compromiso.

El importe en que efectivamente se aumentará el capital social de la sociedad será el resultante de multiplicar el número definitivo de acciones emitidas por su valor nominal (0,5 um).

La sociedad A que tiene 200.000 acciones de la sociedad B, valoradas a un precio medio de 10,2 um; vende la mitad de los derechos a la sociedad al precio fijo establecido y suscribe la otra mitad.

*Se pide:*

1. Determinar para la sociedad B:
  - a) El número de derechos de asignación gratuita necesarios para recibir una (1) acción nueva.
  - b) El número máximo de acciones a emitir.
2. Contabilizar la ampliación de capital a realizar por la sociedad B si el 70% de los antiguos accionistas acude a la ampliación, un 10% acude a la ampliación pero han comprado sus derechos en el mercado y el 20% son antiguos accionistas que solicitan a la sociedad que les compren los derechos al precio de 0,5 um.
3. Contabilizar la venta de derechos de asignación gratuita y la suscripción de acciones en la parte que le corresponda a la sociedad A. Distinguiendo el caso en que

la sociedad A tenga registrados estos valores como cartera de negociación o como activos financieros disponibles para la venta.

## **SOLUCIÓN**

Para la resolución de este supuesto, resulta de aplicación la consulta 1 del BOICAC 88/2011 (NFC043113).

La sociedad que reparte dividendos ofrece tres alternativas al inversor que, en esencia, pueden reconducirse a dos:

### 1. Recibir acciones liberadas.

- 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 al precio medio ponderado.
- 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 de suscripción preferente segregados y las acciones recibidas liberadas se valorarán al precio medio resultante de dividir el coste de los derechos segregados entre el número de acciones recibidas liberadas.
- Caso particular de inversiones valoradas a valor razonable. Tanto las antiguas como las nuevas se reconocerán a valor razonable, con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias o en el patrimonio neto, según proceda.

### 2. Recibir efectivo.

#### a) De un tercero, si el inversor decide enajenar el derecho en el mercado:

- El fondo económico es la enajenación de un derecho de asignación gratuita, por lo que el tratamiento contable será el previsto en el PGC para la baja de un activo financiero cuyo coste debemos identificar.

El apartado 2.6.2 de la NRV 9.<sup>a</sup> del PGC establece: «En el caso de venta de derechos preferentes de suscripción y similares o segregación de los mismos para ejercitarlos, el importe de los derechos disminuirá el valor contable de los respectivos activos. Dicho importe corresponderá al valor razonable o al coste de los derechos, de forma consistente con la valoración de los activos financieros asociados, y se determinará aplicando alguna fórmula valorativa de general aceptación».

- Caso particular de inversiones valoradas a valor razonable. En la medida en que el activo que se da de baja ya figuraba valorado a valor razonable, solo procederá reclasificar a la cuenta de pérdidas y ganancias el resultado de la operación en el supuesto de que las acciones estuvieran catalogadas como activos financieros disponibles para la venta.
- b) Directamente de la propia empresa:
- El inversor reconocerá un derecho de cobro y el correspondiente ingreso cuando haya manifestado dicha opción.
  - Caso particular de inversiones valoradas a valor razonable. Se reconocerá el correspondiente ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias, por el efectivo recibido, y la posterior variación del valor razonable del activo en el resultado del ejercicio o en el patrimonio neto de la empresa, según proceda.

### Datos del supuesto

- Relación de canje: 1 acción nueva = equivalencia teórica entre el valor de las acciones antes y después de la ampliación redondeando al número entero superior.
- Precio de compra de cada derecho de asignación: 0,5 um.
- Valor *ex ante* de una acción: 10,5 um.
- Número de acciones en circulación: 50.000.000 de acciones.

### Cálculo del valor teórico de los derechos de asignación

• Antiguas (50.000.000 accs. × 10,5 <small>valor ex ante</small> ) .....	525.000.000
• Nuevas (N × 0 = 0); (50.000.000 + N) .....	525.000.000
• Valor <i>ex ante</i> (525.000.000/50.000.000) .....	10,5
• Valor <i>ex post</i> [525.000.000/(50.000.000 + N)] .....	X
• Valor teórico del derecho de asignación (10,5 – X) .....	0,5 um/derecho

De este modo, podemos observar que:

- Valor *ex post* de las acciones es de 10 um/acción (X = 10,5 – 0,5).
- El número de acciones nuevas que equivale a las 50.000.000 de acciones antiguas es de 2.500.000 de acciones [(525.000.000/10) – 50.000.000].

- El número de derechos de asignación necesarios para recibir una acción nueva, o lo que es lo mismo, el número de acciones antiguas por cada acción nueva será:
  - $50.000.000 A \times 2.500.000 N$
  - $20 A \times 1 N$

## 1. DETERMINAR PARA LA SOCIEDAD B

### A) El número de derechos de asignación necesarios para recibir una acción nueva

El número de derechos de asignación necesarios para recibir una acción nueva, o lo que es lo mismo, el número de acciones antiguas por cada acción nueva será:

- $50.000.000 A \times 2.500.000 N$
- $20 A \times 1 N$
- 20 derechos de asignación.

### B) El número máximo de acciones a emitir

El número de acciones nuevas que equivale a las 50.000.000 de acciones antiguas es de 2.500.000 acciones  $[(525.000.000/10) - 50.000.000]$ .

## 2. CONTABILIZAR LA AMPLIACIÓN DE CAPITAL DE LA SOCIEDAD B

En este punto hay que tener en cuenta que:

- La sociedad B renunciará a las acciones nuevas que correspondan a los derechos de asignación que haya adquirido en virtud del compromiso irrevocable de compra.
- Únicamente emitirá las acciones nuevas que correspondan a los derechos de asignación no adquiridos por B.

Los derechos que B asumirá en virtud del compromiso irrevocable de compra serán los correspondientes a la opción b): transmitir a la sociedad B los derechos de asignación correspondientes para monetizarlos y percibir en efectivo el importe equivalente en forma de dividendo.

Por ello, la sociedad B deberá emitir las siguientes acciones nuevas:

- Las correspondientes a los antiguos accionistas que acuden a la ampliación (suponen el 70% de los antiguos accionistas):
  - $70\% \times 50.000.000 = 35.000.000$  de acciones antiguas.
  - Relación de canje en la ampliación: 20 A  $\times$  1 N.
  - Número de acciones a emitir:  $35.000.000 \times 1/20 = 1.750.000$  acciones nuevas.
  
- Las correspondientes a los accionistas que acuden a la ampliación por haber comprado sus derechos en el mercado (suponen el 10% de los antiguos accionistas):
  - $10\% \times 50.000.000 = 5.000.000$  de acciones antiguas.
  - Relación de canje en la ampliación: 20 A  $\times$  1 N.
  - Número de acciones a emitir:  $5.000.000 \times 1/20 = 250.000$  acciones nuevas.

*Contabilización de estas operaciones*

Por la emisión de las acciones nuevas:

Indica el enunciado que el importe en el que efectivamente se aumentará en capital será el resultante de multiplicar el número definitivo de acciones emitidas por su valor nominal de 0,5 um.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas ( $2.000.000 \times 0,5$ ) .....	1.000.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción .....		1.000.000

Por la suscripción utilizando reservas voluntarias:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias .....	1.000.000	
190	Acciones o participaciones emitidas .....		1.000.000

Por la inscripción en el Registro Mercantil:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción .....	1.000.000	
100	Capital social .....		1.000.000

La sociedad B deberá adquirir los derechos de asignación correspondientes a los socios que así lo hayan exigido (el 20% de los antiguos accionistas).

- $20\% \times 50.000.000 = 10.000.000$  de acciones antiguas.
- Adquisición de 10.000.000 de derechos de asignación.

Por la adquisición de los derechos de asignación y, por tanto, por la retribución monetaria del dividendo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias (10.000.000 × 0,5) .....	5.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		5.000.000

### 3. CONTABILIZAR LA VENTA DE LOS DERECHOS DE ASIGNACIÓN Y LA SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES EN LA SOCIEDAD A

La sociedad A tiene 200.000 acciones de la sociedad B, valoradas a 10,2 um/acción.

Vende a la sociedad B la mitad de los derechos y suscribe la otra mitad.

#### Por la venta de 100.000 derechos de asignación

En este caso se genera un derecho de cobro que se cargará con abono al correspondiente ingreso por el importe por el que la sociedad adquiere los derechos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
545	Dividendo a cobrar (100.000 × 0,5) .....	50.000	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio .....		50.000

Por el cobro del dividendo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	50.000	
545	Dividendo a cobrar .....		50.000

## Por la suscripción de las acciones correspondientes a 100.000 derechos de asignación

### Opción a). Cartera de negociación:

Según la consulta 1 del BOICAC 88/2011 (NFC043113), tanto las acciones antiguas como las nuevas se valorarán a valor razonable.

El importe del dividendo y el número de acciones que le corresponden a la sociedad inversora A son:

- Acciones antiguas = Número de derechos de asignación: 100.000 derechos.
- Relación de canje en la ampliación:  $20 A \times 1 N$ .
- Número de acciones nuevas correspondientes a los derechos que canjea:  $100.000 \times \frac{1}{20} = 5.000$  acciones nuevas.

Por el ajuste a valor razonable de toda la cartera:

- Valor contable ( $200.000 \times 10,2$ ) ..... 2.040.000 um
- Valor razonable (*ex post*) ( $205.000 \times 10_{\text{valor ex post}}$ ) ..... 2.050.000 um
- Aumento de valor ..... 10.000 um

Como en esta primera opción las acciones se han incluido en la cartera de activos financieros mantenidos para negociar, el aumento de valor se registrará en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio .....	10.000	
7630	Beneficios en cartera de negociación .....		10.000

### Opción b). Cartera de activos financieros disponibles para la venta:

Por el ajuste a valor razonable de toda la cartera:

- Valor contable ( $200.000 \times 10,2$ ) ..... 2.040.000 um
- Valor razonable (*ex post*) ( $205.000 \times 10_{\text{valor ex post}}$ ) ..... 2.050.000 um
- Aumento de valor ..... 10.000 um

Como en esta opción las acciones se han incluido en la cartera de activos financieros disponibles para la venta, el aumento de valor se registrará como un ingreso directamente en el patrimonio neto.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio .....	10.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta .....		10.000

Por el saldo del grupo 9:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta .....	10.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta .....		10.000

### CASO PRÁCTICO NÚM. 3

#### Contabilidad financiera

La sociedad Z obtiene de un consorcio de inversores un préstamo el 1 de julio de 20X0 con las siguientes características:

- Importe del préstamo 100 millones de um con una amortización creciente y anualidad constante cada 1 de julio de 20X1 a 20X5.
- El interés anual que se paga cada 1 de julio es del 3% anual.
- Los gastos de emisión, comisiones, descuentos, etc. ascienden a 4.939.000 um.

El 1 de octubre del año 20X2 la sociedad Z entra en concurso de acreedores y se aprueba el convenio con los acreedores el día 31 de diciembre de 20X2, con una quita del 40% del valor del préstamo principal pendiente y sin pago de los vencimientos de intereses pendientes (el pago del 60% del valor del préstamo pendiente se realizará aplicando esa tasa del 60% al valor de las cuotas de amortización que corresponderían al préstamo inicialmente contratado).

El tipo de interés del mercado a esa fecha (31 de diciembre de 20X2) sería del 3%.

Se pide:

1. Calcular la anualidad del préstamo y el tipo de interés efectivo para la sociedad Z.
2. Contabilizar los gastos financieros del ejercicio 20X2 (finaliza el 31 de diciembre).
3. Contabilizar el convenio de acreedores.

## SOLUCIÓN

### Datos del enunciado

- Fecha de concesión del préstamo: 1 de julio de 20X0.
- Duración: 5 años hasta 1 de julio de 20X5.
- Importe: 100.000.000 um.
- Gastos iniciales: 4.939.000 um.
- Importe obtenido:  $100.000.000 - 4.939.000 = 95.061.000$  um.
- Interés explícito cada 1 de julio:  $3\% \times 100.000.000 = 3.000.000$  de um.

### 1. CALCULAR LA ANUALIDAD DEL PRÉSTAMO Y EL TIE

$$100.000.000 = A \times a_{3\%,5}$$

$$A = 21.835.457,14 \text{ um}$$

$$95.061.000 = 21.835.457,14 \times a_{TIE;5}$$

$$TIE = 4,8\%$$

#### Cuadro de coste amortizado

Fecha	Interés (4,8 %)	Pago	Amortización	Coste amortizado
1-7-20X0	-	-	-	95.061.000
1-7-20X1	4.562.928	21.835.457,14	<17.272.529,14>	77.788.470,86
				.../...

Fecha	Interés (4,8 %)	Pago	Amortización	Coste amortizado
.../...				
1-7-20X2	3.733.846,6	21.835.457,14	<18.101.610,54>	59.686.860,32
1-7-20X3	2.864.969,3	21.835.457,14	<18.970.487,84>	40.716.372,48
1-7-20X4	1.954.385,88	21.835.457,14	<19.881.071,26>	20.835.301,22
1-7-20X5	1.000.094,46	21.835.457,14	<20.835.362,68>	-

### Cuadro de amortización bancaria del préstamo

Fecha	Interés (3 %)	Pago	Amortización	Capital vivo
1-7-20X0	-	-	-	100.000.000
1-7-20X1	3.000.000	21.835.457,14	<18.835.457,14>	81.164.542,86
1-7-20X2	2.434.936,29	21.835.457,14	<19.400.520,85>	61.764.022,01
1-7-20X3	1.852.920,66	21.835.457,14	<19.982.536,48>	41.781.485,53
1-7-20X4	1.253.444,56	21.835.457,14	<20.582.012,57>	21.199.472,96
1-7-20X5	635.984,19	21.835.457,14	<21.199.472,96>	-

## 2. CONTABILIZAR LOS GASTOS FINANCIEROS DEL 20X2

Fecha	Interés (TIE)	Interés explícito	Interés implícito	Coste amortizado
1-7-20X1				77.788.470,86
31-12-20X1	1.866.923,3 (3.733.846,6 × 6/12)	1.217.468,15 (2.434.936,29 × 6/12)	649.455,15	-
1-7-20X2	1.866.923,3 (3.733.846,6 × 6/12)	1.217.468,15 (2.434.936,29 × 6/12)	649.455,15	59.686.860,32
31-12-20X2	1.432.484,65 (2.864.969,3 × 6/12)	926.460,33 (1.852.920,66 × 6/12)	506.024,32	-

1 de julio de 20X2

Por el devengo de los intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas .....	1.866.923,3	
528	Intereses a corto plazo de deudas .....		1.217.468,15
521	Deudas a corto plazo .....		649.455,15

Por el pago de la anualidad:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
521	Deudas a corto plazo .....	19.400.520,85	
528	Intereses a corto plazo de deudas .....	2.434.936,29	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		21.835.457,14

Por la reclasificación de la deuda a corto plazo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
171	Deudas a largo plazo .....	18.970.487,84	
521	Deudas a corto plazo .....		18.970.487,84

31 de diciembre de 20X2

Por el devengo de los intereses:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas .....	1.432.484,65	
528	Intereses a corto plazo de deudas .....		926.460,33
521	Deudas a corto plazo .....		506.024,32

### 3. CONTABILIZAR EL CONVENIO DE ACREEDORES

31 de diciembre de 20X2

Aprobación del convenio de acreedores, en el que las partes acuerdan una quita del 40% del principal más la totalidad de los intereses pendientes.

Para la contabilización de esta operación resulta de aplicación el apartado 3.5 de la NRV 9.<sup>a</sup> del PGC, «Baja de pasivos financieros»:

«Si se produjese un intercambio de instrumentos de deuda entre un prestamista y un prestatario, siempre que estos tengan condiciones sustancialmente diferentes, se registrará la baja del pasivo financiero original y se reconocerá el nuevo pasivo financiero que surja. De la misma forma se registrará una modificación sustancial de las condiciones actuales de un pasivo financiero.

La diferencia entre el valor en libros del pasivo financiero o de la parte del mismo que se haya dado de baja y la contraprestación pagada incluidos los costes de transacción atribuibles y en la que se recogerá asimismo cualquier activo cedido diferente del efectivo o pasivo asumido, se reconocerá en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que tenga lugar.

En el caso de un intercambio de instrumentos de deuda que no tengan condiciones sustancialmente diferentes, el pasivo financiero original no se dará de baja del balance registrando el importe de las comisiones pagadas como un ajuste de su valor contable. El coste amortizado del pasivo financiero se determinará aplicando el tipo de interés efectivo, que será aquel que iguale el valor en libros del pasivo financiero en la fecha de modificación con los flujos de efectivo a pagar según las nuevas condiciones.

A estos efectos, las condiciones de los contratos se considerarán sustancialmente diferentes cuando el valor actual de los flujos de efectivo del nuevo pasivo financiero, incluyendo las comisiones netas cobradas o pagadas, sea diferente, al menos en un diez por ciento del valor actual de los flujos de efectivo remanentes del pasivo financiero original, actualizados ambos al tipo de interés efectivo de este».

Por ello, resulta necesario en un primer momento determinar si las condiciones de los instrumentos de deuda son sustancialmente diferentes o no:

- El valor actual de los flujos de efectivo del nuevo pasivo financiero, incluyendo las comisiones netas cobradas o pagadas, será:

Fecha	Amortización contrato inicial	Amortización 60 % contrato inicial
1-7-20X3	19.982.536,48	11.989.521,89
1-7-20X4	20.582.012,57	12.349.207,54
1-7-20X5	21.199.472,96	12.719.683,78

$$VA = 11.989.521,89 \times (1,048)^{-6/12} + 12.349.207,54 \times (1,048)^{-18/12} + 12.719.683,78 \times (1,048)^{-30/12} = 34.535.191,63 \text{ um.}$$

- El valor actual de los flujos de efectivo remanentes del pasivo financiero original:
  - Coste amortizado a 31 de diciembre de 20X2: 59.686.860,32 + 1.432.484,65 = 61.119.344,97 um.
- Obtenemos una diferencia entre ambos de 26.584.153,34 um, siendo, por tanto, esta diferencia superior al 10% del valor actual de los flujos de efectivo remanentes del pasivo financiero original, por lo que nos encontramos ante préstamos con condiciones sustancialmente diferentes. Esto implica:
  - El registro de la baja del pasivo financiero original y el reconocimiento del nuevo pasivo financiero que surja.
  - La diferencia entre el valor contable del pasivo financiero original y la contraprestación pagada, incluidos los costes de la transacción atribuibles, se reconocerá en la cuenta de pérdidas y ganancias.

*Cálculo del tipo de interés efectivo del nuevo préstamo*

$$34.535.191,63 = 11.989.521,89 \times (1 + TIE)^{-6/12} + 12.349.207,54 \times (1 + TIE)^{-18/12} + 12.719.683,78 \times (1 + TIE)^{-30/12}$$

$$TIE = 4,8\%$$

Por la contabilización del convenio con los acreedores:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
528	Intereses a corto plazo de deudas .....	926.460,33	
521-	Deudas a corto plazo préstamo original .....	19.476.512,16	
171-	Deudas a largo plazo préstamo original .....	40.716.372,48	
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
521-	Deudas a corto plazo préstamo renegociado .....		11.711.734,62
171-	Deudas a largo plazo préstamo renegociado .....		22.823.457,01
76-	Ingresos financieros derivados del convenio de acreedores .....		26.584.153,34

## CASO PRÁCTICO NÚM. 4

### Contabilidad financiera

La sociedad YYY ha realizado las siguientes operaciones en el año 20X5:

- a) Ha recibido dividendos de la sociedad ZZZ por la participación en el 100% del capital social de la misma adquirida en dos etapas:
- El 1 de enero de 20X1 la sociedad YYY adquirió el 20% del capital social por importe de 79.000 um.
  - El 1 de enero de 20X3 la sociedad YYY adquirió el 80% restante del capital social por importe de 342.400 um.

El patrimonio neto de la sociedad ZZZ es en las fechas que se indican (en um):

	31-12-20X0	31-12-20X2	31-12-20X4
Capital social .....	100.000	100.000	100.000
Reservas .....	285.000	303.000	325.000
Resultado del ejercicio .....	10.000	25.000	8.500
<b>Total .....</b>	<b>395.000</b>	<b>428.000</b>	<b>433.500</b>

Se sabe que el resultado del ejercicio a 20 de septiembre de 20X5 es 0 um.

Los dividendos distribuidos por la sociedad ZZZ han sido:

- El 1 de julio de 20X5 se ha distribuido, con cargo al resultado del ejercicio anterior, por importe de 8.500 um un dividendo en especie consistente en un negocio, integrado por activos materiales y activo y pasivo circulante, que tiene los siguientes datos (en um):

	Valor neto contable en sociedad ZZZ	Valor razonable	Valor neto en cuentas anuales consolidadas
Inmovilizado material .....	5.000	5.900	5.200
Activo circulante .....	3.000	3.200	3.100
Pasivo circulante .....	1.000	950	1.000

El valor neto en cuentas anuales consolidadas del fondo de comercio del negocio es 100 um.

El valor razonable del negocio es: 8.500 um.

- El 20 de septiembre de 20X5 ha distribuido dividendos con cargo a reservas por importe de 30.000 um.

- b) La sociedad YYY, el 31 de diciembre de 20X5, ha realizado una aportación no dineraria a la sociedad dependiente WWW (la sociedad dominante es la sociedad YYY) de un negocio con los siguientes elementos patrimoniales, sin incluir fondo de comercio, y los siguientes importes (en um):

	Valor contable en sociedad YYY		Valor razonable	Valor neto en cuentas anuales consolidadas
	Precio adquisición	Amortización acumulada		
Inmovilizado material ....	15.000	12.000	15.500	12.900
Inmovilizado intangible ..	0	0	1.750	300
Activo circulante .....	2.000	-	2.200	2.000
Pasivo circulante .....	1.500	-	1.540	1.500

El importe del fondo de comercio de ese negocio en cuentas anuales consolidadas es 230 um.

La ampliación de capital no dineraria es de 3.000 acciones de 4 um de nominal por acción. El valor real de cada acción es 6 um.

Se pide:

- Registro contable de las operaciones en YYY para el ejercicio 20X5.

## SOLUCIÓN

Análisis de las distintas operaciones realizadas por la sociedad YYY en el año 20X5:

### a) Dividendo de la sociedad ZZZ

Ha recibido dividendos de la sociedad ZZZ, por la participación en el 100% del capital de esta sociedad. La participación se adquiere en dos etapas.

El 1 de enero de 20X1 adquiere el 20% de ZZZ por 79.000 um: la sociedad YYY incluiría esta participación como acciones en empresa asociada.

El apartado 2.5 de la NRV 9.<sup>a</sup> del PGC establece la forma de contabilización de estas inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas, tal como estas quedan definidas en la norma 13.<sup>a</sup> de elaboración de las cuentas anuales.

«Las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas se valorarán inicialmente al coste, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada más los costes de transacción que les sean directamente atribuibles.

En cuanto a su valoración posterior, las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas se valorarán por su coste, menos, en su caso, el importe acumulado de las correcciones valorativas por deterioro».

Por ello, a 31 de diciembre de 20X2, la sociedad YYY habrá comprobado si la participación se encontraba deteriorada en ese momento:

Por el test de deterioro de la participación en el 20% de la sociedad ZZZ:

- Valor contable: 79.000 um.
- Importe recuperable:  $20\% \times 428.000 = 85.600$  um.
- La inversión no se encuentra deteriorada en esta fecha.

El 1 de enero de 20X3 adquiere el 80% de ZZZ por 342.400 um. La participación seguirá incluida en la cartera de participaciones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas, pasando su participación de asociada a grupo.

De este modo, el valor contable de la participación tras la adquisición será de  $342.400 + 79.000 = 421.400$  um.

A 31 de diciembre de 20X4, por la realización del test de deterioro de la participación:

- Valor contable: 421.400 um.
- Importe recuperable:  $100\% \times 433.500 = 433.500$  um.
- La inversión no se encuentra deteriorada en esta fecha.

#### *a.1) 1 de julio de 20X5*

El 1 de julio de 20X5 la sociedad ZZZ ha distribuido un dividendo en especie de un negocio, con cargo al resultado del ejercicio anterior.

Resulta de aplicación el apartado 2 de la NRV 21.<sup>a</sup> del PGC, cuando establece que las «normas particulares, solo serán de aplicación cuando los elementos objeto de la transacción deban calificarse como un negocio».

Dentro de este apartado 2, resultaría de aplicación el apartado 2.3, que se refiere a operaciones de reparto de dividendos.

«En las operaciones de reducción de capital, reparto de dividendos y disolución de sociedades se seguirán los siguientes criterios, siempre que el negocio en que se materializa la reducción de capital, se acuerda el pago del dividendo o se cancela la cuota de liquidación del socio o propietario permanezca en el grupo.

La empresa cedente contabilizará la diferencia entre el importe de la deuda con el socio o propietario y el valor contable del negocio entregado con abono a una cuenta de reservas.

La empresa cesionaria lo contabilizará aplicando los criterios establecidos en el apartado 2.2 de esta norma.

### 2.2. Operaciones de fusión y escisión

#### 2.2.1. Criterios de reconocimiento y valoración

En las operaciones entre empresas del grupo en las que intervenga la empresa dominante del mismo o la dominante de un subgrupo y su dependiente, directa o indirectamente, los elementos patrimoniales adquiridos se valorarán por el importe que correspondería a los mismos, una vez realizada la operación, en las cuentas anuales consolidadas del grupo o subgrupo según las citadas Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas.

La diferencia que pudiera ponerse de manifiesto en el registro contable por la aplicación de los criterios anteriores, se registrará en una partida de reservas».

Por tanto, podemos concluir:

- La sociedad YYY debe contabilizar los bienes recibidos por el importe que correspondería a los mismos una vez realizada la operación, en las cuentas anuales consolidadas, con abono a reservas.

Por la percepción del dividendo en especie:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21-	Inmovilizado material .....	5.200	
	Activo circulante .....	3.100	
204	Fondo de comercio .....	100	
	Pasivo circulante .....		1.000
113	Reservas voluntarias .....		7.400

#### a.2) 20 de septiembre de 20X5

En este segundo caso, se trata de la distribución de dividendos con cargo a reservas por importe de 30.000 um, siendo de aplicación el apartado primero de la NRV 21.<sup>a</sup> del PGC:

«Las operaciones entre empresas del mismo grupo, con independencia del grado de vinculación entre las empresas del grupo participantes, se contabilizarán de acuerdo con las normas generales.

En consecuencia, con carácter general, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, los elementos objeto de la transacción se contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable. En su caso, si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación».

Por la percepción del dividendo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	30.000	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio .....		30.000

## b) Aportación no dineraria de la sociedad YYY a la sociedad WWW

31 de diciembre de 20X5

Análisis de la aportación no dineraria entre sociedades del grupo:

Resulta de aplicación el apartado 2.1 de la NRV 21.<sup>a</sup> del PGC:

«En las aportaciones no dinerarias a una empresa del grupo, el aportante valorará su inversión por el valor contable de los elementos patrimoniales entregados en las cuentas anuales consolidadas en la fecha en que se realiza la operación, según las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, que desarrollan el Código de Comercio.

La sociedad adquirente los reconocerá por el mismo importe».

Este análisis se completa con lo establecido en la consulta 3 del BOICAC 85/2011, cuando cuestiona el criterio que debe seguir la sociedad aportante para contabilizar la diferencia que se produce en sus cuentas individuales entre el valor en libros del negocio entregado y el valor de la inversión recibida (que debe valorarse por el valor consolidado de la inversión entregada). Determina la citada consulta que, con carácter general, la variación de valor que se describe se reconocerá en las reservas de la sociedad aportante.

- Valor contable de los elementos dados de baja para YYY: 3.500 um.
  - Inmovilizado material:  $15.000 - 12.000 = 3.000$  um.
  - Inmovilizado intangible: 0 um.
  - Activo circulante: 2.000 um.
  - Pasivo circulante: 1.500 um.
- Valor de la inversión. Valor contable de los elementos entregados en cuentas anuales consolidadas: 16.930 um.
  - Inmovilizado material: 12.900 um.
  - Inmovilizado intangible: 300 um.
  - Activo circulante: 2.000 um.
  - Pasivo circulante: 1.500 um.
  - Fondo de comercio: 230 um.

Por la realización de la aportación de capital:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2402	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo .....	16.930	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material .....	12.000	
	Pasivo circulante .....	1.500	
21-	Inmovilizado material .....		15.000
	Activo circulante .....		2.000
113	Reservas voluntarias .....		13.430

## CASO PRÁCTICO NÚM. 5

### Contabilidad de sociedades

La junta general de la sociedad A autorizó en el año 20X5 al consejo de administración la adquisición de acciones propias hasta el límite que permita la legislación mercantil, durante el periodo 20X6 y con un precio máximo de 1,3 um.

El patrimonio neto de la sociedad A en el balance de 31 de diciembre de 20X5, en um, es el siguiente:

A) PATRIMONIO NETO .....		134.000
A-1) Fondos propios .....		127.000
I. Capital .....		95.000
1. Capital escriturado. 100.000 accs. de 1 um .....	100.000	
2. (Capital no exigido) .....	- 5.000	
II. Prima de emisión .....		10.000
III. Reservas .....		18.500
1. Legal y estatutarias .....	20.000	
2. Otras reservas .....	-1.500	
		.../...

.../...		
IV. (Acciones propias) (1) .....		-4.500
V. Resultados de ejercicios anteriores .....		-1.000
1. Remanente		
2. (Resultados negativos de ejercicios anteriores) .....	-1.000	
VI. Otras aportaciones de socios .....		7.000
VII. Resultado del ejercicio .....		2.000
VIII. (Dividendo a cuenta)		
IX. Otros instrumentos de patrimonio neto		
A-2) Ajustes por cambios de valor .....		5.000
I. Activos financieros disponibles para la venta .....	3.000	
II. Operaciones de cobertura .....	1.500	
III. Otros .....	500	
A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos .....		2.000
(1) 3.000 acciones propias adquiridas a un precio de 1,5 um.		

El 31 de mayo de 20X6 un accionista que posee 12.000 acciones totalmente desembolsadas y 3.000 acciones desembolsadas en un 50%; pide que la sociedad le adquiera las acciones totalmente desembolsadas por un precio por acción de 1,2 um. El consejo decide adquirir las acciones hasta el límite legal establecido.

Se pide:

1. Calcular el número máximo de acciones propias que podría adquirir.
2. Realizar los asientos contables de la operación y los correspondientes al final del ejercicio 20X6, si el valor razonable de las acciones se considera que es de 1,2 um.

**Datos financieros:**

$$a_{n/i} = (1 - (1 + i)^{-n})/i$$

Periodos	Tipo de interés			
	7 %	5 %	4,80 %	3 %
2				
3				
4	3,387211256	3,545950504	3,562486524	3,717098403
5	4,100197436	4,329476671	4,353515449	4,579707187
6	4,766539660	5,075692067	5,108318393	5,417191444
7	5,389289402	5,786373397	5,828548085	6,230282955
8	5,971298506	6,463212759	6,515790157	7,019692190
9	6,515232249	7,107821676	7,171555494	7,786108922
10	7,023581541	7,721734929	7,797285776	8,530202837

## **SOLUCIÓN**

### **1. CALCULAR EL NÚMERO MÁXIMO DE ACCIONES PROPIAS QUE SE PODRÍAN ADQUIRIR**

Para poder calcular el número máximo de acciones propias a adquirir, debemos aplicar el artículo 146 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital (TRLSC), al tratarse de una adquisición derivativa de acciones propias.

Sabemos que la sociedad A se trata de una sociedad cotizada, ya que el enunciado indica el valor razonable de sus acciones.

### **Cálculo del número máximo de acciones a adquirir**

*Comparación patrimonio neto/capital social y reservas indisponibles*

Indica el artículo 146 del TRLSC, como requisito para la adquisición de acciones propias:

«Que la adquisición, comprendidas las acciones que la sociedad o persona que actuase en nombre propio pero por cuenta de aquella hubiese adquirido con anterioridad y tuviese en cartera, no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

A estos efectos, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, minorado en el importe de los beneficios imputados directamente al mismo, e incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo».

Capital social .....	100.000
Reservas legal y estatutarias .....	20.000
<b>Total .....</b>	<b>120.000</b>

Patrimonio neto contable .....	134.000
Ajustes (art. 146 TRLSC) .....	<2.000>
Capital no exigido .....	+5.000
Acciones consideradas pasivos financieros .....	0
Beneficios imputados directamente al patrimonio neto .....	<7.000>
A-2) Ajustes por cambios de valor: 5.000 um	
A-3) Subvenciones: 2.000 um	
<b>Patrimonio neto (art. 146 TRLSC) .....</b>	<b>132.000</b>

Como es requisito exigido que el patrimonio neto no resulte inferior al capital social más reservas indisponibles, el máximo nominal a adquirir será de 12.000 um, al tratarse de acciones de 1 euro de valor nominal, por este requisito, el número máximo de acciones a adquirir será de 12.000 acciones.

*Límite de adquisición de acciones propias*

Asimismo, el artículo 509 del TRLSC exige también como requisito para la adquisición de acciones propias que el valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales, y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no podrá ser superior al 10% en el caso de sociedades cotizadas.

De este modo:

- 10% capital social =  $10\% \times 100.000 = 10.000$  um.
- Nominal de las acciones a adquirir: 1 um/acción.
- Número máximo de acciones propias:  $10.000/1 = 10.000$  acciones.
- Acciones propias poseídas: 3.000 acciones.
- Número máximo de acciones a adquirir:  $10.000 - 3.000 = 7.000$  acciones.

De la comprobación de ambos límites, observamos que el número máximo de acciones a adquirir es de 7.000 acciones.

## 2. CONTABILIZAR LA OPERACIÓN AL FINAL DEL EJERCICIO 20X6, SI EL VALOR RAZONABLE DE LAS ACCIONES ES DE 1,2 UM

Por la adquisición de las acciones propias:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
108	Acciones propias en situaciones especiales (7.000 × 1,2) .....	8.400	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		8.400

