

- **Atribución de beneficios y EP de agencia.** *Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois*
- **La directiva antiabuso (I).** *Eduardo Sanz Gadea*
- **Presente y futuro del ISD regional.** *Marta Melguizo Garde*
- **Los impuestos energéticos de la Ley 15/2012.** *Enrique Ortiz Calle*
- **Actividad empresarial de las AA. PP. en el IVA.** *Javier Bas Soria*
- **La prorrata general quizá no es tan general, comentario a la STJUE de 9 de junio de 2016.** *Francisco Javier Sánchez Gallardo*
- **Visión práctica del procedimiento inspector en la última reforma de la LGT.** *Carlos Javier Lacorte Sentenach*
- **Crítica de carácter conceptual en torno a los pasivos contingentes.** *Santiago Iglesias Escudero*
- **Información medioambiental divulgada: Directiva 2014/95/UE.** *María Esperanza Calvo, Enrique Gragera, Eva Romero y Eva Roperó*
- **Caso práctico de Técnicos de Hacienda.** *Javier Romano Aparicio y José Tovar Jiménez*

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Octubre 2016 – Número 403

PRESIDENTE EJECUTIVO

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

DIRECTOR

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

COORDINADORES

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

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

CONSEJO ASESOR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ana María Martínez Pina (*Presidenta del ICAC*)

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

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

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

Alfonso Osorio Iturmendi (*Presidente de BDO España*)

Carlos Palao Taboada (*Abogado Montero-Aramburu*)

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

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

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

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

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



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

28010 MADRID
08012 BARCELONA
46010 VALENCIA
28010 MADRID

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

REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y SUSCRIPCIONES:

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

IMPRIME:

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

EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.L.

DEPÓSITO LEGAL:

M-1947-1981

SUSCRIPCIÓN ANUAL (2016)	SOLICITUD DE NÚMEROS SUELTOS (cada volumen)
152,00 €	<ul style="list-style-type: none"> • Suscriptores: 17,68 € • No suscriptores: 20,80 €

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

Esta Revista se encuentra incluida en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:



Correo electrónico: revistacef@cef.es

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

© CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

SUMARIO

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN (Comentarios y casos prácticos)

Página

TRIBUTACIÓN

ESTUDIOS

- 81/2016** La atribución de beneficios al establecimiento permanente de agencia:
¿Una reconsideración del criterio *arm's lenght*?
*Attribution of profits to agency permanent establishments: A reconsideration
of the arm's lenght criterion?* 5
ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2016
(Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois)
- 82/2016** La directiva antiabuso (I)
The anti-avoidance directive (I) 39
(Eduardo Sanz Gadea)
- 83/2016** Presente y futuro del impuesto sobre sucesiones y donaciones regional
Present and future of the federal gift and inheritance tax 83
(Marta Melguizo Garde)
- 84/2016** Los impuestos energéticos de la Ley 15/2012: Problemas comunitarios
y constitucionales
The Energy Tax Act 15/2012: European law and constitutional problems 111
(Enrique Ortiz Calle)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

- 85/2016** La calificación de una actividad de transporte desarrollada por un
ente público como actividad económica (Análisis de la STJUE de 12
de mayo de 2016, Asunto C-520/14) 141
(Javier Bas Soria)
- 86/2016** El derecho a la deducción del IVA en la deducción de los bienes de
uso mixto: alcance y límites en la aplicación de la regla de prorata
(Análisis de la STJUE de 9 de junio de 2016, Asunto C-332/14) 149
(Francisco Javier Sánchez Gallardo)

CASO PRÁCTICO

- 87/2016** El procedimiento inspector en caso de delito fiscal y la duración de las actuaciones inspectoras (casos prácticos) 161
(Carlos Javier Lacorte Sentenach)

CONTABILIDAD

ESTUDIOS

- 88/2016** Crítica a las construcciones conceptuales propuestas por el IASB para los pasivos de naturaleza contingente
Criticisms to conceptual contributions on contingencies proposed by IASB 163
ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2016
(Santiago Iglesias Escudero)
- 89/2016** Información de contenido medioambiental divulgada por las empresas del IBEX 35: Análisis de los requisitos establecidos en la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo
Environmental information disclosed by the IBEX 35 companies: Analysis of the requirements of the Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council 197
(María Esperanza Calvo Centeno, Enrique Gragera Pizarro, Eva Romero Ramos y Eva Roperero Morriones)
- 90/2016** Segundo ejercicio resuelto del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Técnicos de Hacienda (turno libre) 223
(Javier Romano Aparicio y José Tovar Jiménez)

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.

LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DE AGENCIA: ¿UNA RECONSIDERACIÓN DEL CRITERIO *ARM'S LENGTH*?

Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois

*Profesor Contratado Doctor.
Universidad Autónoma de Madrid*

Este trabajo ha obtenido un **Accésit del Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto 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.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

La figura del establecimiento permanente de agencia es una de las más conflictivas en el ámbito de la fiscalidad internacional por las disparidades en su interpretación entre los distintos Estados. Mediante esta figura se considera que una empresa no residente dispone de un establecimiento permanente en un Estado como consecuencia de las actividades de un agente. En el marco del Plan BEPS esta figura ha sufrido un cambio dramático, encaminado a disminuir el umbral necesario para que las actividades de un intermediario puedan ser consideradas como constitutivas de un establecimiento permanente en el Estado de la fuente. Sin embargo, la existencia de un establecimiento permanente es únicamente la primera fase para que se puedan gravar los beneficios empresariales obtenidos por una empresa no residente, ya que, a continuación, deben atribuírsele beneficios. De acuerdo con las directrices de la OCDE, la atribución de beneficios se basa en el denominado enfoque autorizado, que supone la aplicación analógica de las directrices sobre precios de transferencia a las relaciones entre establecimiento permanente y casa central. Sin embargo, en el caso del establecimiento permanente de agencia, la aplicación de estas directrices se antoja complicada, planteándose en el presente trabajo varias alternativas para poder atribuir beneficios a esta clase de establecimientos permanentes.

Palabras claves: establecimiento permanente de agencia, atribución de beneficios y agente dependiente.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 24-08-2016

ATTRIBUTION OF PROFITS TO AGENCY PERMANENT ESTABLISHMENTS: A RECONSIDERATION OF THE ARM'S LENGTH CRITERION?

Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois

ABSTRACT

Agency permanent establishment has become one of the most controversial concepts in the international tax area due to the disparities in its interpretation among different jurisdictions. Through this concept a non-resident enterprise is regarded to have a permanent establishment in the State of the source as a result of the activities carried out by an agent. In the framework of the BEPS action plan this concept has undergone a dramatic change, aimed to reduce the required threshold to consider the activities carried out by an agent to constitute a permanent establishment in the State of the source. However, the existence of a permanent establishment is only the first stage to tax the profits derived by a non-resident enterprise in the State of the source, because, after that, it is needed to attribute profits to the permanent establishment. According to the OECD report on the attribution of profits to permanent establishments, the attribution of profits must be based on the so-called «authorized approach», which implies the analogous application of the Transfer Pricing Guidelines to the transactions between head office and permanent establishment. However, in the case of the agency permanent establishment, the application of the guidelines is complicated. In this paper several alternative methods to attribute profits to agency permanent establishments are proposed.

Keywords: agency permanent establishment, attribution of profits and dependent agent.

Sumario

- I. Introducción
- II. El establecimiento permanente de agencia: concepto y evolución
 1. El establecimiento permanente de agencia en el Modelo de Convenio de la OCDE
 2. El establecimiento permanente y la erosión de bases imponibles. La Acción 7 del Plan BEPS
- III. La atribución de beneficios bajo el enfoque autorizado de la OCDE
 1. Los distintos enfoques sobre la determinación de los beneficios atribuibles al establecimiento permanente
 2. Las fases en la aplicación del enfoque autorizado
- IV. La atribución de beneficios al establecimiento permanente de agencia
 1. El principio de plena competencia en la atribución de beneficios al establecimiento permanente y en las operaciones entre entidades vinculadas: el *single taxpayer approach* y el *dual taxpayer approach*
 2. La identificación de riesgos propios del establecimiento permanente de agencia
 3. Alternativas para la atribución de beneficios al establecimiento permanente de agencia
- V. Conclusiones

Bibliografía

NOTA: Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2015-66087-P financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y es resultado de la investigación realizada en el marco de una estancia desarrollada en el International Bureau of Fiscal Documentation y financiada por el programa de estancias «José Castillejo» para jóvenes doctores del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. El segundo apartado de este trabajo se basa en una investigación previa presentada en las Jornadas «Fraude, abuso y planificación fiscal agresiva en el marco del Derecho de la UE y del Plan BEPS», organizadas por la Cátedra Jean Monnet de la Universidad de Cádiz «El efecto interno y externo del Derecho Tributario de la UE» en enero de 2016.

Debe notarse que, tras la finalización del presente trabajo, la OCDE ha publicado con fecha de 4 de julio de 2016 sendos borradores para su discusión pública de las modificaciones consideradas necesarias para poder aplicar el informe sobre atribución de beneficios al establecimiento permanente de agencia («Additional guidance on the attribution of profits to permanent establishments») y para la aplicación del método *profit split* en las operaciones vinculadas («Revised guidance on profit split») como resultado de las Acciones 7 y 8-10 del Plan BEPS. La posición de la OCDE en relación con la atribución de beneficios al establecimiento permanente de agencia es sustancialmente un desarrollo de la posición explicada en el apartado IV de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

La figura del establecimiento permanente (EP en adelante) constituye uno de los conceptos centrales en el ámbito de la fiscalidad internacional, en concreto, en el reparto de los derechos de imposición entre Estados articulado en el Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE (MCOCDE en adelante)¹. Como es sabido, en el marco del MCOCDE, esta figura supone el umbral mínimo de presencia para que los beneficios empresariales obtenidos por un no residente puedan ser gravados por el Estado de la fuente². Por tanto, de no existir un EP, los beneficios empresariales obtenidos por una empresa no residente en el Estado de la fuente únicamente pueden ser gravados en su Estado de residencia. No obstante lo anterior, no basta únicamente con la existencia de un EP para que los beneficios empresariales obtenidos por una empresa no residente puedan ser gravados por el Estado de la fuente, sino que estos beneficios deben ser atribuibles al EP. Es por ello que es de vital importancia el determinar cuándo existe un EP en el Estado de la fuente y qué beneficios de los obtenidos por una empresa no residente pueden ser atribuidos a dicho EP.

Esta operación es especialmente compleja en el caso de los denominados EP de agencia. Como es sabido, el EP, de acuerdo con su definición general, se identifica por ser un lugar fijo a través del cual la empresa no residente realiza todo o parte de sus actividades en el Estado de la fuente³. Junto a esta definición general del EP se incluyen otras situaciones que, a pesar de no suponer la existencia de un lugar fijo en el Estado de la fuente, son igualmente constitutivas de un EP. Dentro de estos supuestos de EP ficticio se enmarca el EP de agencia, mediante el cual se puede considerar que una empresa no residente tiene un EP en el estado de la fuente como consecuencia de determinadas actuaciones de un intermediario en el Estado de la fuente.

¹ Las referencias al MCOCDE, salvo indicación en contrario, han de entenderse realizadas a su versión actual, aprobada por el Consejo de la OCDE el 15 de julio de 2014.

² De acuerdo con el artículo 7 del MCOCDE: «[l]os beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanente [...] pueden someterse a imposición en ese otro Estado». Se trata, por tanto, de una cláusula general por la cual los beneficios empresariales tributan exclusivamente en el Estado de residencia de la empresa no residente salvo cuando se consideren obtenidos a través de un EP, caso en el que los beneficios tributarán conforme a una cláusula de tributación compartida ilimitada.

³ La definición general del concepto de EP se encuentra regulada en el artículo 5.1 del MCOCDE con el siguiente tenor: «la expresión "establecimiento permanente" significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad».

Esta figura es especialmente relevante en el marco de los grupos multinacionales, en los que, como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías y la progresiva eliminación de las barreras al comercio transfronterizo, es habitual que las operaciones en un mercado determinado se realicen por una sociedad del grupo, normalmente la propia matriz, contando con la intermediación de una filial local, frente a la clásica estructura en que era la propia filial la que asumía las operaciones en el mercado local⁴. En estos casos es fundamental determinar si la intermediación de la filial local puede ser constitutiva de un EP para su matriz, toda vez que la existencia de una filial, por sí sola, no supone la existencia de un EP⁵. De acuerdo con la definición actualmente contenida en el MCOCDE, únicamente cuando exista una relación de agencia directa podrá considerarse que la actuación de un intermediario sea constitutiva de un EP en el Estado de la fuente.

No obstante lo anterior, el requisito formal para que existiera un EP en el Estado de la fuente ha sido objeto de crítica en la medida en que actuaciones sustancialmente equivalentes a las derivadas de una relación de agencia directa pueden ser desarrolladas sin acudir a dicha figura, evitando que pueda constituirse un EP en el Estado de la fuente⁶. Ante esta situación, algunas Administraciones tributarias han interpretado la figura del EP de agencia de modo sustancialista⁷, al mismo tiempo que se ha procedido a replantear el concepto de EP de agencia en el marco del plan de acción de la OCDE y el G20 contra la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios (Plan BEPS en adelante)⁸.

Como resultado de los trabajos enmarcados en el Plan BEPS, se ha propuesto una nueva definición del EP de agencia para ser incluida en el MCOCDE en su próxima actualización en

⁴ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, págs. 15-16.

⁵ A este respecto, el artículo 5.7 del MCOCDE aclara que «[e]l hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante o que realice actividades empresariales en ese otro Estado (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera), no convierte por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra».

⁶ Vid. CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas», *Crónica tributaria*, núm. 145, págs. 54-55.

⁷ El caso español ha sido paradigmático en lo relativo a la aplicación por parte de la Administración tributaria y los tribunales de la cláusula del EP de agencia de modo sustancialista. A este respecto, las sentencias de mayor relevancia en relación con la interpretación sustancialista de las cláusulas de agencia en los convenios de doble imposición suscritos por España son las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2012 [rec. núm. 1626/2008 (NFJ045817)], en el caso «Roche», y de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2015 [rec. núm. 182/2012 (NFJ059322)], en el caso «Dell». La doctrina científica ha sido especialmente crítica con la posición de la Administración y tribunales españoles (vid., por ejemplo, ZORNOZA PÉREZ, J. y BÁEZ MORENO, A. [2015]: «La Cláusula de EP Frente al Tratamiento de las Reestructuraciones Empresariales: Los casos Roche y Dell», en UEHARA HASHIMOTO, Y. (coord.), *Temas selectos de precios de transferencia*, Themis-IFA, México, pág. 137 y ss.), aunque no han faltado apoyos para la interpretación de la Administración (vid. CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales...», *op. cit.*, pág. 39 y ss.). En relación con esta última sentencia (caso «Dell»), y posteriormente al cierre de este trabajo, se ha pronunciado el Tribunal Supremo con fecha de 20 de junio de 2016 [rec. núm. 2555/2015 (NFJ063130)] ratificando en lo sustancial la posición de la Audiencia Nacional.

⁸ Vid. OCDE [2013]: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, pág. 19.

2016⁹. Esta nueva definición supone una sustancial ampliación de los supuestos en que la actuación de un intermediario puede generar un EP en el Estado de la fuente de una empresa no residente, reduciéndose notablemente el umbral de intervención de la empresa no residente en la vida económica del Estado de la fuente para que se pueda considerar la existencia de un EP. Sin embargo, esta reducción del umbral para considerar la existencia de un EP en el Estado de la fuente a través de la intervención de un intermediario no ha ido acompañada de una aclaración de los criterios para poder atribuir beneficios al EP resultante, quedando este aspecto pendiente para un ulterior desarrollo en este 2016¹⁰.

En el presente trabajo analizo, en primer lugar, el concepto de EP de agencia, tanto en su configuración actual como en la propuesta contenida en el Plan BEPS. En relación con el análisis de este concepto en su configuración actual, sin perjuicio de su relevancia, me limitaré a realizar una breve exposición, ya que no constituye el núcleo de este trabajo¹¹. A continuación, analizo los criterios propuestos por la OCDE para atribuir beneficios al EP, en general, y los problemas que plantea su aplicación al ámbito del EP de agencia en la medida en que supone que deban identificarse riesgos no asumidos por el intermediario, pero que sean atribuibles a una ficción, como es el propio EP. Con el objeto de superar las limitaciones que el enfoque autorizado de la OCDE tiene en estas situaciones, analizo dos propuestas alternativas para poder atribuir beneficios al EP de agencia, las cuales han de ser evaluadas bajo el prisma del principio de plena competencia.

II. EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DE AGENCIA: CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

1. EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DE AGENCIA EN EL MODELO DE CONVENIO DE LA OCDE

Como ya he señalado, el concepto general de EP se basa en la existencia de un lugar fijo en el Estado de la fuente a través del cual la empresa no residente realiza la totalidad o parte de sus actividades empresariales. El MCOCDE incluye en su artículo 5, además, otros dos supuestos en los cuales, a pesar de no existir un lugar fijo, la presencia del no residente en la vida económica

⁹ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*

¹⁰ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 45.

¹¹ El análisis de las cláusulas de agente dependiente y de agente independiente por parte de la doctrina nacional e internacional ha sido muy profusa, especialmente desde mediados de la década de los noventa del siglo anterior. Sobre estas cláusulas, además de los estudios citados en el presente trabajo, puede consultarse el trabajo de MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2014]: «Preventing the Artificial Avoidance of PE Status», *Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing Countries*, United Nations, New York, disponible en: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/20140923_Paper_PE_Status.pdf

del Estado de la fuente se considera suficiente para constituir un EP en el territorio de dicho Estado: los sitios de construcciones, instalaciones y obras de duración superior a 12 meses y el EP de agencia¹². En el caso del EP de agencia, el MCOODE define qué actuaciones de un intermediario pueden dar lugar a un EP de la empresa no residente en el Estado de la fuente y qué actuaciones se encontrarán excluidas de constituir un EP. Estas son las denominadas cláusulas del agente dependiente y del agente independiente, respectivamente.

1.1. La cláusula de agente dependiente

El artículo 5.5 del MCOODE establece los supuestos en que la intermediación de una persona distinta a la empresa no residente puede ser constitutiva de un EP de la empresa no residente en el Estado de la fuente. Esta cláusula se define del siguiente modo: «[n]o obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, cuando una persona distinta de un agente independiente (al que le será aplicable el apartado 6) actúe por cuenta de una empresa y ostente y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto de las actividades que dicha persona realice para la empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el apartado 4 y que, de haber sido realizadas por medio de un lugar fijo de negocios, no hubieran determinado la consideración de dicho lugar fijo de negocios como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones de ese apartado».

De acuerdo con esta definición, para que la actuación de un intermediario pueda ser constitutiva de un EP de una empresa no residente en el Estado de la fuente es necesario que el intermediario actúe por cuenta y en nombre de la empresa no residente, de modo que su actuación pueda vincular a la empresa no residente frente a terceros de acuerdo con las reglas de la representación directa. Dicho requisito supone que únicamente cuando haya una actuación en nombre y por cuenta de la empresa no residente pueda considerarse que dicha empresa tiene un EP en el Estado de la fuente¹³. Esto, en principio, y de acuerdo con la literalidad del precepto, excluiría que otras relaciones, como puede ser la representación indirecta, en que el agente actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena, se encontraran fuera del ámbito de la cláusula de agente dependiente, al igual que aquellos casos en que la actuación del intermediario no implicara técnicamente una representación al no suscribir contratos con terceros en nombre del principal, sino que fuera el propio principal el que acabara firmando los contratos negociados por el intermediario.

¹² La cláusula de EP de sitios de construcciones, instalaciones y obras se encuentra prevista en el artículo 5.3 del MCOODE, aunque en el proyecto de MCOODE de 1963 se encontraba ubicada dentro del listado de presunciones *iuris tantum* de EP del artículo 5.2.

¹³ Vid. los comentarios al MCOODE, artículo 5, para. 32. Asimismo, *vid.*, por todos, PUL, H. [2013]: «Agency permanent establishments: in the name of and the relationship between Article 5(5) and (6) - part 1», *Bulletin for international taxation*, vol. 67, núm. 1, págs. 3-25, y PUL, H. [2013]: «Agency permanent establishments: in the name of and the relationship between Article 5(5) and (6) - part 2», *Bulletin for international taxation*, vol. 67, núm. 2, págs. 62-97.

Junto a este primer requisito, el artículo 5.5 del MCOCDE establece que el agente debe tener un grado de habitualidad suficiente en su actuación, sin que pueda considerarse que la empresa no residente opera a través de un EP cuando en operaciones puntuales se produzca una intermediación de este tipo¹⁴. Por otro lado, el propio artículo 5.5 del MCOCDE excluye que se pueda considerar que existe un EP cuando un agente cualificado desarrolle actividades auxiliares o preparatorias en el sentido del artículo 5.4 del MCOCDE¹⁵. Este sería el supuesto, por ejemplo, de un agente que realizara únicamente la entrega de bienes por cuenta del principal. Por otro lado, el propio precepto aclara que, de disponerse de un EP en sentido estricto para realizar dichas actividades, se considera que el EP de agencia se encuentra subsumido dentro del EP por lugar fijo¹⁶. Por último, la cláusula de agente dependiente se completa con una exclusión expresa por la cual, aun cuando se cumplan los requisitos para considerar la existencia de un EP de agencia, si el intermediario cumple los requisitos para ser considerado como un agente independiente, no se considerará que las actividades realizadas por dicho agente puedan constituir un EP¹⁷.

1.2. La cláusula de agente independiente

El artículo 5.6 del MCOCDE establece la denominada cláusula del agente independiente. Esta cláusula establece qué supuestos de intermediación no dan lugar a un EP de la empresa no residente

¹⁴ De acuerdo con los comentarios al MCOCDE (art. 5, para. 33.1), el requisito de habitualidad se debe examinar caso a caso, en función de la naturaleza del contrato entre agente y principal y las propias actividades del principal. De este modo, se establece un paralelismo con el requisito de «fijeza» que tiene que tener un lugar de negocios para constituir un EP en el marco de la definición general del artículo 5.1 del MCOCDE.

¹⁵ El artículo 5.4 del MCOCDE establece que «la expresión "establecimiento permanente" no incluye: a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas; c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa; d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa; e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio; f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados a) a e), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación conserve su carácter auxiliar o preparatorio». *Vid* comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 33, respecto a la relación entre las actividades a realizar por un agente para que sean constitutivas de un EP y las actividades auxiliares previstas en el artículo 5.4 del MCOCDE.

¹⁶ *Vid.* comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 31.

¹⁷ La relación entre los apartados 5 y 6 del artículo 5 del MCOCDE, es decir, las cláusulas de agente dependiente y de agente independiente, no es clara. Para parte de la doctrina el artículo 5.6 del MCOCDE (la cláusula de agente independiente) tiene, simplemente, un carácter clarificador de la cláusula de agente dependiente, mientras que, para otros autores, esta cláusula operaría como una definición negativa frente al artículo 5.5 del MCOCDE. De acuerdo con AVERY JONES, J. F. y LÜDICKE, J. [2014]: «The origins of article 5(5) and 5(6) of the OECD Model», *World Tax Journal*, vol. 6, núm. 3, págs. 203-241, las dificultades para interpretar la relación entre estos dos preceptos provienen del propio origen de los mismos, que fueron negociados por personas con una distinta tradición jurídica: el *Common Law* y el Derecho Continental. Resultando en una combinación de los sesgos de ambas tradiciones.

en el Estado de la fuente. De acuerdo con dicha cláusula: «[n]o se considera que una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado contratante por el mero hecho de que realice sus actividades en ese Estado por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad».

Mediante esta previsión se excluye que la actuación de determinados intermediadores pueda ser considerada como constitutiva de un EP con base en su estatuto personal. De acuerdo con esta previsión, se produce una primera exclusión de intermediadores en función de la relación jurídica que les une al principal: el caso de los corredores (brókeres) y los comisionistas generales. La inclusión de estos supuestos dentro del listado de exclusiones plantea dudas acerca de su justificación según se observe desde una perspectiva de las distintas tradiciones jurídicas. Desde una perspectiva de Derecho Continental, el bróker es una figura que únicamente aproxima a las partes para que lleguen a un acuerdo, de modo que no ostenta poder para concluir contratos en nombre y por cuenta de su principal. En el caso del comisionista general, su relación con el principal se enmarca dentro de la representación indirecta, actuando en nombre propio, pero por cuenta del principal, es decir, concluyendo los contratos con terceros en su propio nombre, sin que su intermediación dé lugar al nacimiento de una relación jurídica entre el principal y el tercero¹⁸. De este modo, desde la perspectiva del Derecho Continental, la lógica para la inclusión de estas dos figuras tendría un carácter meramente clarificador, en la medida en que ninguna de ellas cumpliría con el requisito de que actuara en nombre y por cuenta del principal no residente. Frente a ello, en el ámbito del *Common Law*, en el cual la representación es, como regla general, siempre directa, la inclusión de estas dos figuras sería completamente coherente con la necesidad de definir negativamente los límites del EP de agencia¹⁹.

Junto a estas exclusiones de figuras concretas, el artículo 5.6 del MCOCDE excluye que pueda considerarse la existencia de un EP del principal no residente cuando se actúe en el Estado de la fuente a través de un «agente independiente» en el «marco ordinario de su actividad». Aunque el precepto no define qué debe entenderse por agente independiente, los comentarios al MCOCDE aclaran a qué debe atenderse para determinar si un agente detenta un estatus de independencia respecto de su principal no residente. De acuerdo con la interpretación mantenida en los comentarios al MCOCDE, para que el agente sea considerado como independiente debe hacerse una valoración de su grado de independencia desde una perspectiva jurídica y económica²⁰. Así, si un agente recibe órdenes detalladas del principal para la realización de sus labores de intermediación es difícil considerar que actúe como un agente independiente²¹. Asimismo, en aquellos casos en que el agente no corre con un determinado volumen de riesgo o responsabili-

¹⁸ Sobre las distintas clases de representación en el ámbito civil/mercantil y su configuración en el marco de las tradiciones del Derecho Continental y del *Common Law*, *vid.*, FERNÁNDEZ GREGORACI, B. [2008]: «Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DCFR y a los PECL», *Indret*, núm. 4, pág. 5 y ss.

¹⁹ *Vid.* AVERY JONES, J. F. y LÜDICKE, J. [2014]: «The origins of article 5(5) and 5(6) of the OECD Model», *op. cit.*, pág. 203 y ss.

²⁰ *Vid.* comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 37.

²¹ *Vid.* comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 38.

dad respecto de la operación, podría excluirse su independencia²², e igualmente si opera para un único principal o su dependencia económica del mismo es total o casi total²³, mientras que, si nos encontramos ante un agente que tenga un determinado prestigio o reconocimiento en el mercado relevante, podría considerarse que opera como un agente independiente²⁴. Sin perjuicio de ello, el hecho de que el principal, u otra entidad del grupo, detente la totalidad o mayor parte del capital del agente, no excluye, por sí mismo, que pueda considerarse a dicho agente como independiente²⁵.

De este modo, cabría interpretar, si se valora este precepto desde la perspectiva del *Common Law*, que, en el marco de relaciones de representación directa, cuando no exista un agente que tenga una relación de dependencia, no nos encontraremos ante actuaciones que den lugar a un EP. Desde la perspectiva del Derecho Continental, sin embargo, la interpretación de este precepto y su relación con el artículo 5.5 del MCOCDE puede ser distinta. La literalidad del precepto conduce a la exclusión directa de los intermediarios que no ostenten una representación directa de su principal no residente, ya por la definición positiva del artículo 5.5 del MCOCDE, ya por la clarificación contenida en la primera parte del artículo 5.6 del MCOCDE. De ser así, supuestos de intermediación que no impliquen la actuación formal en nombre del principal, sino la intervención en la negociación sin que se ostente una representación formal, o supuestos de representación indirecta, como es el caso del comisionista, quedarían automáticamente fuera del contorno del EP de agencia, aun cuando existiera una completa dependencia jurídica y económica del agente respecto del principal.

2. EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE Y LA EROSIÓN DE BASES IMPONIBLES. LA ACCIÓN 7 DEL PLAN BEPS

Como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías y la eliminación de barreras al comercio transfronterizo, la organización de las cadenas de distribución en los grupos multinacionales se ha vuelto más flexible, permitiendo la relocalización de funciones entre las distintas empresas del grupo multinacional²⁶. Tradicionalmente, los mecanismos de distribución transfronterizos implicaban que las filiales locales se convirtieran en revendedoras de los productos del grupo para el mercado local, asumiendo todos los riesgos de las operaciones frente a los clientes locales. Esta posición suponía que, de acuerdo con las reglas de valoración de operaciones entre entidades vinculadas, las filiales obtuvieran un nivel de ingresos acorde con el nivel de riesgos asumidos, sin que pudiera considerarse que la actuación de las mismas determinara la constitución de un EP de agencia al operar como revendedores, es decir, en nombre y por cuenta propia.

²² Vid. comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 38.3.

²³ Vid. comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 38.6.

²⁴ Vid. nota 22.

²⁵ Vid. comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 38.1.

²⁶ En relación con la relocalización de funciones entre entidades de los grupos multinacionales, *vid.* OCDE [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris, págs. 235-301 (Chapter IX. Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings).

La eliminación de barreras y las posibilidades que han ido ofreciendo las nuevas tecnologías, sin embargo, han permitido que los grupos multinacionales hayan reestructurado las funciones que realizan las distintas entidades del grupo, reduciendo el papel de las filiales locales. En concreto, ha sido común que las filiales locales hayan pasado de ser revendedoras a ser comisionistas u otro tipo de intermediarios que realizan funciones auxiliares, como es el mantenimiento de páginas web²⁷. De este modo, la remuneración a percibir por las entidades locales por sus funciones desarrolladas se reduce frente a la que obtendrían como revendedoras de acuerdo con el estándar impuesto por el principio de plena competencia, toda vez que las funciones y riesgos asumidos son menores. Al mismo tiempo, al configurarse la relación fuera de la representación directa, se evita que se pueda considerar la existencia de un EP de agencia, aun cuando no se produce un cambio sustancial en el propio sistema de distribución²⁸.

Esta clase de reestructuraciones de las cadenas de distribución en los grupos multinacionales ha determinado que los Estados donde se realizan las operaciones pudieran enfrentarse a una importante merma de sus derechos de imposición sobre las rentas derivadas de estas operaciones, pues únicamente podrán gravar la remuneración de las filiales locales, la cual se minimiza en consonancia con la menor asunción de riesgos. Sin embargo, materialmente la cadena de distribución no se ve modificada, ya que la participación de las filiales locales se ve reducida desde una perspectiva únicamente formal. Es por ello que algunas Administraciones tributarias han procedido a aplicar enfoques sustancialistas en relación con la cláusula de EP de agencia, considerando que, aun cuando formalmente no se cumple con la literalidad del artículo 5.5 del MCOCDE, la sustancia de la relación entre la filial local y su principal no residente no goza de la independencia necesaria para encontrarse dentro de la exclusión del artículo 5.6 del MCOCDE²⁹. Con todo, el enfoque de la cláusula de EP de agencia no ha sido homogéneo desde una perspectiva transfronteriza, dando lugar a pronunciamientos incompatibles respecto de supuestos de hecho idénticos³⁰.

²⁷ A modo de ejemplo, las filiales españolas de varias de las multinacionales tecnológicas más importantes del mundo en la actualidad operan como comisionistas puros o como soporte de ventas a través del mantenimiento de páginas web o de la participación en negociación, actividades todas ellas que no determinan por sí mismas la existencia de un EP del principal en España. Sobre ello puede verse la noticia periodística publicada en el diario *El País* (sección Economía) de 23 de noviembre de 2012 y titulada «Gigantes tecnológicos, enanos tributarios» (disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2012/11/23/actualidad/1353702423_564230.html).

²⁸ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, págs. 15-16, y CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales...», *op. cit.*, págs. 49-55.

²⁹ Vid. CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales...», *op. cit.*, pág. 54.

³⁰ El caso paradigmático sería el de Dell. Esta empresa mantiene la misma estructura de distribución en toda Europa, operando las filiales locales como comisionistas por cuenta de la matriz irlandesa, sin que las filiales locales actúen en nombre y por cuenta de la matriz, sino en nombre propio y por cuenta de la matriz irlandesa. En España la estructura operativa de Dell ha determinado que, de acuerdo con la interpretación mantenida por nuestros tribunales, la matriz irlandesa tenga un EP en España como resultado de las actividades de su filial española [vid. la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2015 (rec. núm. 182/2012 –NFJ059322–)]. En apoyo de la interpretación de nuestros tribunales, vid. CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales...», *op. cit.*, págs. 48-50 [refiriéndose a la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central en este mismo caso (R. G.

La OCDE no ha sido ajena a las debilidades de la cláusula del EP de agencia derivadas del enfoque puramente formalista que se adoptó en la elaboración de los apartados 5 y 6 del artículo 5 del MCOCDE. En este sentido, por ejemplo, desde 1992 los comentarios al artículo 5 del MCOCDE adoptan una posición sustancialista respecto del requisito de que el agente actúe por nombre y por cuenta del principal cuando el agente asume todo el peso de la negociación, pero no suscribe el contrato en nombre de su principal³¹. Junto a ello, en diversos momentos ha afrontado el análisis de la relación entre los apartados 5 y 6 del artículo 5 del MCOCDE y la lógica de la exclusión del agente independiente, sin obtener un resultado de consenso³².

No ha sido hasta la emergencia del Plan BEPS cuando se ha logrado reformular la definición del EP de agencia con un consenso suficiente a nivel internacional. En este sentido, dentro del Plan BEPS se identificó este ámbito como una de las áreas de la fiscalidad internacional en que las multinacionales podrían aprovecharse de la existencia de criterios puramente formales para erosionar las bases imponibles de los Estados en que se realizaban las operaciones³³, dedicándose la Acción 7 del Plan BEPS al análisis de este aspecto y la propuesta de soluciones que pudieran ser implantadas en el MCOCDE.

núm. 2107/2007 –NFJ047352–)]. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina científica ha sido especialmente crítica con la resolución de este caso. En este sentido, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2014]: «Preventing the Artificial Avoidance of PE Status», *op. cit.*, pág. 63 y ss. o ZORNOZA PÉREZ, J. y BÁEZ MORENO, A. [2015]: «La Cláusula de EP Frente al Tratamiento de las Reestructuraciones Empresariales...», *op. cit.*, págs. 154-155. Esta misma operativa fue analizada en Noruega con el objeto de determinar si la actuación de la filial local podía dar lugar a un EP de su matriz irlandesa en Noruega. El Tribunal Supremo noruego en su Sentencia de 2 de diciembre de 2011, sin embargo, consideró que dicha estructura no podía ser constitutiva de un EP de la matriz irlandesa en Noruega en la medida en que la filial operaba en el mercado noruego como un comisionista, es decir, en nombre propio y por cuenta ajena, no cumpliéndose por tanto los requisitos para que su actividad pudiera ser considerada como constitutiva de un EP de la empresa no residente de acuerdo con el artículo 5.5 del Convenio de Doble Imposición entre Noruega e Irlanda. Sobre esta sentencia, *vid.* ZIELKE, R. [2012]: «Commissionaire Structure as an Agency Permanent Establishment (PE): Low Risk for Foreign Principals Constituting a PE in Norway – Dell Products v. Government of Norway, Decision of the Norwegian Supreme Court of 2 December 2011», *Intertax*, vol. 40, núm. 8/9, págs. 494-496, o CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales...», *op. cit.*, págs. 51-52 (criticando el enfoque formalista adoptado por el tribunal noruego).

³¹ Como señala MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2014]: «Preventing the Artificial Avoidance of PE Status», *op. cit.*, pág. 30 y ss., esta circunstancia fue la que motivó la introducción en los comentarios al MCOCDE del actual párrafo 32.1 a los comentarios al artículo 5. De acuerdo con este párrafo: "la frase «poderes que la facultan para concluir contratos en nombre de la empresa» no limita la aplicación del apartado a un agente que suscriba contratos literalmente en nombre de la empresa; el apartado se aplica asimismo a un agente que concluye contratos que son vinculantes para la empresa, aunque no se establezcan en nombre de la empresa. La ausencia de una participación activa de la empresa en las operaciones puede significar que ha delegado en un agente. Por ejemplo, se puede considerar que un agente posee el poder efectivo para concluir contratos cuando solicita y recibe los pedidos (sin formalizarlos) que son enviados directamente a un almacén en el que se efectúa la entrega de mercancías y cuando la empresa extranjera aprueba las operaciones de forma rutinaria».

³² *Vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2014]: «Preventing the Artificial Avoidance of PE Status», *op. cit.*, pág. 43 y ss.

³³ *Vid.* OCDE [2013]: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, *op. cit.*, pág. 19, en que se indica como objetivo del Plan BEPS el de «[d]esarrollar modificaciones en la definición de EP para impedir la elusión artificiosa del estatus de EP en relación a la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, incluso mediante la utilización de mecanismos de comisionista y exenciones de actividad específica».

2.1. La nueva definición del establecimiento permanente de agencia

La Acción 7 del Plan BEPS se enfocó con un triple objetivo: el desarrollo de modificaciones al MCOEDE que evitaran la elusión del estatuto de EP a través de figuras de comisionistas y asimiladas, la fragmentación de actividades para beneficiarse de la exención de EP por actividades auxiliares o preparatorias y la redefinición de los criterios para la atribución de rentas al EP. De estos tres objetivos, la versión final de la Acción 7 ofrece propuestas en relación con los dos primeros aspectos, quedando el tercero de ellos, la redefinición de los criterios para la atribución de beneficios al EP, a un ulterior desarrollo. En lo que respecta al presente trabajo, lo relevante son las propuestas relativas a la configuración del EP de agencia, que vienen a suponer una nueva redacción de los apartados 5 y 6 del artículo 5 del MCOEDE.

En lo que respecta a la definición positiva del EP de agencia, el artículo 5.5 del MCOEDE quedaría redactado de la siguiente manera³⁴:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, pero con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 6, cuando una persona actúa en un Estado contratante por cuenta de una empresa y, de esta forma, habitualmente celebra contratos, o habitualmente desarrolla el papel principal para la conclusión de contratos que son rutinariamente celebrados sin modificaciones materiales por la empresa:

a) en nombre de la empresa, o

b) para la transmisión de la titularidad, o la concesión de un derecho de usufructo, sobre los bienes propiedad de esa empresa, o sobre los que la empresa tiene un derecho de usufructo, o

c) para la prestación de servicios por esa empresa,

se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado con respecto a todas las actividades que esa persona realice para la empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el párrafo 4, que, si se realizan mediante un lugar fijo de negocios, no lo convertirían en un establecimiento permanente con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4».

La nueva redacción propuesta del artículo 5.5 del MCOEDE supone una notable ampliación de los supuestos que pueden dar lugar a considerar que las actividades de un intermediario puedan ser constitutivas de un EP para su principal no residente. En primer lugar, se incorporan al texto del precepto las recomendaciones contenidas en el párrafo 32.1 de los comentarios al artículo 5 del

³⁴ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., pág. 16. La traducción del original en inglés es del autor.

MCOCDE. Se acoge así el criterio material respecto de la actuación de intermediario por cuenta de su principal como elemento fundamental en la conclusión del contrato, aun cuando no sea formalmente celebrado por aquel³⁵. De este modo, no se considerará como requisito necesario para que exista un EP que el intermediario tenga la capacidad para suscribir contratos por cuenta de su principal, sino que se incorporan al texto del precepto como constitutivas de un EP aquellas actividades de intermediación que, si bien no implican la celebración de contratos con terceros por cuenta de principal, suponen una participación decisiva del intermediario en la negociación de los contratos para que sean ratificados por el principal³⁶. De acuerdo con los propuestos nuevos comentarios a este precepto, para considerar que una persona actúa por cuenta de otra lo relevante será discernir si el principal se ve afectado, directa o indirectamente, por las actuaciones del intermediario³⁷.

Por otro lado, el propuesto nuevo artículo 5.5 incluye dentro de su ámbito de aplicación tanto los supuestos de representación directa como indirecta. A este respecto, se incluyen tanto los supuestos en que el intermediario actúe en nombre y por cuenta de su principal, es decir, los supuestos de agencia estricta (representación directa), como aquellos supuestos en que el intermediario, actuando por cuenta del principal, concluye contratos en nombre propio pero que implican obligaciones para el principal relativos a la entrega de bienes o prestación de servicios³⁸. De este modo se equiparan los supuestos de representación directa e indirecta, eliminándose las disparidades entre las distintas tradiciones jurídicas del Derecho Continental y del *Common Law*³⁹.

Por otro lado, se mantienen las exenciones de EP de las actividades auxiliares o preparatorias, de modo que si las actividades realizadas por el agente fueran calificadas como auxiliares o preparatorias en el marco del artículo 5.4 del MCOCDE de haberse realizado directamente por el principal, dichas actuaciones no serán constitutivas de un EP en el Estado de la fuente. No

³⁵ En este sentido, *vid.* la propuesta nueva redacción del párrafo 32 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE (OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 17), en que se aclara como criterio decisivo para construir la figura del EP de agencia bajo el nuevo enfoque la actuación por cuenta del principal sobre la actuación en nombre del mismo.

³⁶ *Vid.* OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 19, proponiendo una nueva redacción del párrafo 32.5 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

³⁷ *Vid.* OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 18, proponiendo una nueva redacción del párrafo 32.3 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

³⁸ *Vid.* OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, págs. 19-20, proponiendo una nueva redacción de los párrafos 32.7 a 32.12 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

³⁹ En este sentido, OYAMA, H. [2014]: «Countering BEPS: Preventing Abusive Commissionnaire Arrangements», *Tax Notes International*, vol. 75, núm. 13, pág. 1.168, plantea que la eliminación del requisito de que el agente dependiente actúe en nombre del principal sirve para eliminar las divergencias entre países de Derecho Continental y del *Common Law*, evitando que pueda producirse el arbitraje entre jurisdicciones.

obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la propia Acción 7 se propone una reformulación de la cláusula de exención de EP por realización de actividades preparatorias o auxiliares⁴⁰.

En lo que respecta a la definición negativa de la cláusula del EP de agencia, la propuesta contenida en la Acción 7 del Plan BEPS se basa igualmente en un refuerzo de la independencia del agente, excluyendo supuestos en que la forma en que se haya acordado entre las partes pueda suponer una derogación del estatuto de EP. En este sentido, el artículo 5.6 del MCOCDE propuesto en la Acción 7 del Plan BEPS quedaría redactado del siguiente modo⁴¹:

«a) No se aplicará el párrafo 5 cuando la persona que actúa en un Estado contratante por cuenta de una empresa del otro Estado contratante lleve a cabo actividades en el primer Estado como un agente independiente que actúa por cuenta de diversas personas y para la empresa en el curso ordinario de esa actividad. No obstante, cuando una persona actúa exclusivamente o casi exclusivamente por cuenta de una empresa o de varias empresas asociadas, esa persona no se considerará un agente independiente en el sentido del presente párrafo con respecto a esa empresa.

b) A los efectos de este artículo, una persona se considerará asociada a una empresa si, de acuerdo con los hechos y circunstancias relevantes, una de ellas tiene el control sobre la otra o ambas se encuentran bajo control de las mismas personas o empresas. En cualquier caso, se considerará a una persona como asociada a una empresa si alguna de ellas posee directa o indirectamente más del 50 por ciento de los intereses en la otra (o, en el caso de una sociedad, más de un 50 por ciento de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad o del interés sobre el capital de la sociedad) o si otra persona posee directa o indirectamente más del 50 por ciento de los intereses (o, en el caso de una

⁴⁰ La propuesta de nuevo artículo 5.4 del MCOCDE se contiene en OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., pág. 28 y ss. El objetivo de la modificación propuesta es el de asegurar que todas las actividades incluidas en el marco de la exención de EP tengan un carácter efectivamente preparatorio o auxiliar, creando una regla «antifragmentación», de modo que no se pueda proceder a disociar distintas actividades para que, de modo separado, se puedan considerar como preparatorias o auxiliares, cuando el resultado conjunto diste de serlo. En este sentido, la redacción propuesta de este apartado pasaría a ser la siguiente: «la expresión "establecimiento permanente" no incluye: a) la utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas; c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa; d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa; e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad; f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartados a) a e); a condición de que la actividad, o en el caso del subapartado f), el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios conserve su carácter auxiliar o preparatorio».

⁴¹ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., pág. 16. La traducción del original en inglés es del autor.

sociedad, más de un 50 por ciento de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad o del interés sobre el capital de la sociedad) en la persona y en la empresa».

El primer apartado de la propuesta de modificación del artículo 5.6 del MCOCDE supone un refuerzo del requisito de independencia económica del agente para que pueda excluirse la existencia de un EP como consecuencia de la realización de actividades a través del mismo. En este sentido, los comentarios propuestos mantienen los criterios anteriores para considerar la independencia del agente desde una perspectiva económica y jurídica, señalando que, cuando el intermediario actúe por cuenta de diversos principales no vinculados, esta circunstancia no supondrá automáticamente la exclusión de que las actividades desarrolladas por dicho intermediario puedan ser constitutivas de un EP⁴², aun cuando dicha circunstancia supondrá un relevante indicio de independencia⁴³. Sin perjuicio de lo anterior, aun en los casos en que el intermediario actúe por cuenta de un único principal no vinculado, cabrá considerar que no existe un EP si el intermediario cumple el test de independencia⁴⁴.

Por otra parte, la segunda parte de este primer apartado incluye una presunción *iusuris et de iure* de EP respecto de los intermediarios que realicen las actividades previstas en el artículo 5.5 del MCOCDE cuando dichas actividades se realicen de modo exclusivo o casi exclusivo por cuenta de entidades vinculadas⁴⁵. En estos casos, aunque la mera existencia de una filial en el Estado de la fuente no será constitutiva de un EP para su matriz de acuerdo con el artículo 5.7 del MCOCDE, si la filial realiza las actividades previstas en el propuesto nuevo artículo 5.5 del MCOCDE por cuenta de su matriz y/o de entidades del grupo, estas actividades determinarán que se considere que existe un EP en el Estado de la fuente⁴⁶.

⁴² Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, págs. 25-26, proponiendo una nueva redacción del párrafo 38.7 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

⁴³ Vid. comentarios al MCOCDE, artículo 5, para. 38.5 (en la redacción de los comentarios propuesta en OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 24, este párrafo pasaría a ser el 38.6).

⁴⁴ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, págs. 25-26, proponiendo una nueva redacción del párrafo 38.7 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

⁴⁵ En este sentido, se propone una modificación al párrafo 38 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE cuyo tenor literal es el siguiente: «[i]n any event, the last sentence of subparagraph a) of paragraph 6 provides that in certain circumstances a person shall not be considered to be an independent agent» [en cualquier caso, la última oración del subapartado a) del párrafo 6 excluye que, ante ciertas circunstancias, una persona pueda ser considerada como un agente independiente]. De ello puede extraerse que ante un intermediario que cumpla los requisitos del artículo 5.5 propuesto cuando actúa en exclusiva o casi en exclusiva por cuenta de personas vinculadas, automáticamente se excluirá la posibilidad de que pueda oponerse su independencia para evitar que se considere la existencia de un EP. Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 24

⁴⁶ Como se señala en OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, págs. 26-27 (propuesta de nuevo párrafo 38.12 de los comentarios al art. 5 MCOCDE), la dependencia de una filial respecto de su matriz por sí misma no supone la existencia de un EP de agencia, sino que es necesario verificar que la filial cumple los requisitos previstos en el artículo 5.5 del MCOCDE.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con la propuesta, será necesario que el agente actúe en exclusiva o prácticamente en exclusiva por cuenta de las entidades vinculadas para que la actuación del intermediario sea considerada *iuris et de iure* como la de un agente no independiente. Aunque en los comentarios propuestos no se incluye un umbral definido a partir del cual se considera que el intermediario actúa en exclusiva o prácticamente en exclusiva a favor de entidades vinculadas, los nuevos comentarios excluyen, en cualquier caso, que se pueda considerar que no se actúa en exclusiva cuando las actuaciones por cuenta de principales no vinculados supongan menos de un 10 % del total de la cifra de negocio del intermediario⁴⁷.

El segundo apartado del nuevo precepto, por su parte, incorpora una definición de la vinculación necesaria para excluir la independencia del agente distinta de la empleada a efectos del artículo 9 del MCOCDE (empresas asociadas)⁴⁸. De acuerdo con la propuesta, se estimará que existe vinculación cuando haya control de una de las partes sobre la otra. Se trata de una regla abierta a determinarse caso a caso. Junto a esta regla, el propio apartado incluye una definición de un umbral que determinará *iuris et de iure* que se considere que existe control de una parte sobre la otra (o de una tercera sobre ambas). Dicho umbral se fija en el 50 % de los derechos de voto y valor de acciones en el caso de entidades⁴⁹.

2.2. Consecuencias del nuevo estándar

Las propuestas contenidas en la Acción 7 del Plan BEPS suponen una modificación sustancial del concepto del EP de agencia previsto en el MCOCDE. De acuerdo con el nuevo enfoque dado por esta acción, el umbral para el que las actividades de intermediación puedan ser constitutivas de un EP se ve rebajado notablemente frente a la literalidad de las cláusulas de agencia contenidas en el actual MCOCDE, siendo así que la presencia de la empresa no residente requerida para estimar la existencia de un EP es mucho más baja. De este modo, se adopta un enfoque sustancialista, evitando que la forma en que organicen sus relaciones las empresas de un grupo multinacional puedan afectar a la consideración acerca de la existencia de un EP de agencia.

Frente a la interpretación más formalista de las cláusulas de agencia, por la cual únicamente un agente en el marco de una relación de representación directa, es decir, actuando en nombre y por cuenta de su principal no residente podía dar lugar a un EP de agencia, siempre que no gozara de un estatuto de independencia y actuara dentro de sus actividades ordinarias, el nuevo estándar propuesto supone que, en la práctica, casi cualquier intermediación de una empresa del grupo por cuenta de otra pueda dar lugar a un EP de la segunda. A este respecto, el nuevo estándar supone que no solo las

⁴⁷ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., pág. 26, proponiendo un nuevo párrafo 38.8 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

⁴⁸ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., pág. 26, proponiendo un nuevo párrafo 38.10 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

⁴⁹ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, op. cit., pág. 26, proponiendo un nuevo párrafo 38.11 de los comentarios al artículo 5 del MCOCDE.

actuaciones de los agentes en nombre y por cuenta de una entidad del grupo puedan ser consideradas como generadoras de un EP, sino también las actuaciones de comisionistas en nombre propio y por cuenta ajena, en la medida en que estas generen obligaciones para el principal, o la intermediación de brókeres o agentes comerciales en la medida en que su participación en la negociación sea relevante.

Esta ampliación de las actividades que pueden dar lugar a un EP de agencia, junto con la reducción de la cláusula de exclusión del agente independiente, la cual estará, en la práctica, fuera del alcance de los grupos multinacionales al convertirse la pertenencia al grupo en una nota de dependencia *iuris et de iure*⁵⁰, supone que el EP de agencia gane una relevancia notable para los Estados en que se opere a través de filiales intermediarias y para la propia estructura de los grupos multinacionales. De este modo, desde la perspectiva de los Estados donde se realizan las operaciones, se evita que las modificaciones en las funciones asumidas por las distintas entidades del grupo que no tengan un reflejo material puedan suponer la elusión de los derechos de imposición del Estado de la fuente al evitarse que las actividades desarrolladas por las filiales locales puedan suponer la existencia de un EP para sus matrices u otras entidades del grupo. En este sentido, la propuesta logra frenar la erosión de bases imponibles que se podría producir gracias a la facilidad para la manipulación de las relaciones comerciales en el seno de los grupos empresariales.

Sin embargo, aun cuando se pueda estimar la existencia de un EP de agencia en el Estado de la fuente por la intermediación de una filial local, esto no supondrá automáticamente una recuperación de las bases imponibles eventualmente erosionadas para el Estado de la fuente, sino que supondrá la primera fase para determinar la parte de la base imponible global que corresponderá al Estado de la fuente. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la filial local ya habrá obtenido su remuneración por las actividades de intermediación que realice por cuenta de su principal. Sin embargo, el EP de la empresa no residente es distinto de la filial intermediaria que lo genera y al mismo habrán de serle atribuidos los beneficios que conformarán la base imponible del propio EP en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) del principal.

Como ha denunciado la doctrina⁵¹, al menos en la experiencia española, en los casos en que se ha considerado por parte de los tribunales que la intermediación de una entidad del grupo era generadora de un EP, el aspecto relativo a qué beneficios le podían ser atribuidos al EP resultante siempre ha sido omitido. Este aspecto es crucial, puesto que, de un lado, de aplicarse el mismo estándar para determinar la remuneración del EP y de la filial intermediaria cabría concluir que la base imponible del EP fuera cero. De otro, de separarse de dicho estándar se corre el riesgo de que la atribución de beneficios al EP de agencia no sea compatible con el principio de plena competencia. Estas dificultades han motivado que el encargo relativo a la Acción 7 del Plan BEPS haya quedado inconcluso, posponiéndose el análisis de los posibles enfoques para la atribución de beneficios al EP a este 2016⁵².

⁵⁰ A fin de cuentas, sería poco probable que una filial intermediaria no actuara en exclusiva para las entidades del grupo, circunstancia que automáticamente excluiría su posible consideración como agente independiente.

⁵¹ Vid. ZORNOZA PÉREZ, J. y BÁEZ MORENO, A. [2015]: «La Cláusula de EP Frente al Tratamiento de las Reestructuraciones Empresariales...», *op. cit.*, págs. 132-136

⁵² Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 45.

III. LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS BAJO EL ENFOQUE AUTORIZADO DE LA OCDE

Como es sabido, los beneficios empresariales obtenidos por un no residente, de acuerdo con el artículo 7.1 del MCOCDE, únicamente pueden ser objeto de gravamen en su Estado de residencia. La única excepción que prevé el MCOCDE a esta regla es que el Estado de la fuente pueda gravar los beneficios empresariales obtenidos por un no residente cuando dichos beneficios se atribuyan a un EP en su territorio. Por lo tanto, la existencia del EP es el prerequisite o primera fase para que los beneficios empresariales obtenidos por un no residente puedan ser gravados por el Estado de la fuente. La segunda fase consiste en determinar qué beneficios de los obtenidos por la empresa no residente pueden ser atribuidos al EP.

1. LOS DISTINTOS ENFOQUES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LOS BENEFICIOS ATRIBUIBLES AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

En el ámbito de la fiscalidad internacional han convivido distintos enfoques sobre las rentas que podían ser objeto de gravamen por un Estado cuando una empresa no residente disponía de un EP en su territorio. A este respecto, cabe destacar tres principios básicos: el principio de fuerza de atracción, el principio de reparto de base imponible global y el principio de empresa separada. Cada uno de estos principios representa intereses y posiciones contrapuestas.

El principio de fuerza de atracción, mantenido en cierta medida en el Modelo de Convenio de Doble Imposición de la ONU (MCONU)⁵³, supone que se integren en la base imponible del EP no solo las rentas derivadas de la propia actividad desarrollada por el EP, sino también otras rentas obtenidas por la empresa no residente no vinculadas directamente con las operaciones realizadas por el EP⁵⁴. De este modo, se integrarán en la base imponible del EP más rentas que aquellas que el EP habría obtenido de haber sido una empresa distinta. Para la OCDE este principio se encuentra desderrado de la práctica tributaria internacional al no corresponderse con la realidad de los negocios desarrollados por las empresas transfronterizas e interferir con actividades económicas válidas⁵⁵.

⁵³ La versión actual del MCONU es la revisión de 2011, cuya versión en español, publicada en 2013, está disponible en: http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf

⁵⁴ En el artículo 7.1 del MCONU se establece que «[l]os beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente podrán someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa efectúe operaciones en el otro Estado por medio de un establecimiento permanente situado en él. En tal caso, dichos beneficios podrán ser gravados en el otro Estado, pero solamente en la parte atribuible a: a) ese establecimiento permanente; b) las ventas en ese otro Estado de bienes o mercancías de tipo idéntico o similar a las vendidas por medio de ese establecimiento permanente, o c) otras actividades comerciales de naturaleza idéntica o similar a la de las efectuadas por medio del citado establecimiento permanente». Se trata de una «fuerza de atracción limitada», en la medida en que únicamente las rentas obtenidas por el no residente que tengan una naturaleza idéntica o análoga a las obtenidas a través del EP serán gravadas por el Estado de la fuente. En este sentido, cabría atribuir, al menos de forma parcial, una finalidad antielusiva a esta regla.

⁵⁵ Vid. comentarios al MCOCDE, artículo 7, para. 12.

El segundo principio para la determinación de la base imponible del EP consiste en la aplicación de fórmulas para el reparto de la base imponible global (*Formulary Appointment*). A través de este mecanismo, se procede a determinar la base imponible de las distintas partes de la empresa multinacional en función de determinados elementos objetivos como pueden ser la cifra de negocio de cada parte de la empresa, el volumen de activos o el número de trabajadores, dividiendo la base imponible global entre las diferentes secciones de la empresa de acuerdo con estos elementos. Este es el modelo propuesto por la Comisión Europea en su proyecto de Directiva de Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades en 2011 y reconsiderado para ser propuesto nuevamente en 2016⁵⁶. Sin perjuicio de ello, este mecanismo de determinación de la base imponible en el marco de los grupos multinacionales ya fue propuesto en los primigenios debates sobre el sistema de reparto de los derechos de imposición a nivel transfronterizo en el seno de la Sociedad de Naciones⁵⁷. En el ámbito del MCOCDE este principio ha coexistido, aunque de un modo residual, con el principio de empresa separada, hasta su supresión en la versión del MCOCDE de 2010⁵⁸. En cualquier caso, la posición de la OCDE en relación con este sistema de determinación de la base imponible ha sido siempre negativa, al suponer, entre otros motivos, que los distintos Estados vieran atribuida una base imponible no relacionada con las actividades generadoras de renta por parte de la empresa y por lo arbitrario de los criterios para proceder al reparto de la misma⁵⁹.

Por último, el enfoque adoptado por la OCDE para proceder a la atribución de beneficios al EP es el principio de empresa separada. De conformidad con este criterio, los beneficios atribuibles al EP serán únicamente aquellos que el EP habría podido obtener de ser una empresa separada, valorando en condiciones de independencia no solo las operaciones con terceras partes, sino también las operaciones con otras entidades del grupo y con la propia casa central. Hasta 2010, el MCOCDE acogía este principio de forma matizada, en la medida en que la ficción por la cual se consideraba que el EP era una empresa separada no se llevaba hasta sus últimas consecuencias y se permitía que la deducibilidad de determinados gastos se limitara⁶⁰. A partir de 2010, los resultados de los informes

⁵⁶ La propuesta de 2011 se puede encontrar en: COMISIÓN EUROPEA [2011]: *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICIS)*, COM(2011) 121 final. En 2015 la Comisión anunció que se estaban retomando los trabajos relativos a este proyecto con el objetivo de presentar una nueva propuesta de Directiva de Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades a finales de 2016 (*vid.* MEMO/15/5174).

⁵⁷ *Vid.* VEGA BORRERO, F. A. [2003]: *Las Medidas contra el «Treaty Shopping»*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pág. 73 y ss.

⁵⁸ Hasta su supresión en la versión del MCOCDE de 2010, el artículo 7.4 del MCOCDE establecía que «[m]ientras sea usual en un Estado contratante determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el apartado 2 no impedirá que ese Estado contratante determine de esta manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido sea conforme a los principios contenidos en este artículo».

⁵⁹ *Vid.* OCDE [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, §§1.19-1.31, y OCDE [2015]: *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, París, pág. 97 y ss.

⁶⁰ El artículo 7.3, en su redacción prevista en el MCOCDE de 2008 y anteriores, establecía que «[p]ara la determinación del beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del es-

sobre la atribución de beneficios al EP pasan a formar parte del articulado del MCOCDE a través de una nueva redacción del artículo 7⁶¹. De acuerdo con el nuevo estándar, los beneficios atribuibles al EP serán aquellos que el EP «hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa»⁶². Este es el denominado enfoque autorizado de la OCDE en la atribución de beneficios al EP (*authorised OECD approach*), el cual implica atender no solo a las operaciones efectivamente realizadas por el EP, sino también a las funciones desarrolladas, activos empleados y riesgos asumidos para proceder a atribuir beneficios al EP⁶³.

2. LAS FASES EN LA APLICACIÓN DEL ENFOQUE AUTORIZADO

El enfoque autorizado de la OCDE en la atribución de beneficios al EP supone que los beneficios que puedan atribuirse al EP sean los beneficios que el propio EP hubiera obtenido de acuerdo con el principio de plena competencia (*arm's length principle*), especialmente en sus relaciones con otras partes de propia empresa, como si fuera una empresa separada e independiente realizando dichas actividades bajo las mismas o similares condiciones. A la hora de determinar estos beneficios, la OCDE señala que deben tenerse en cuenta las funciones desarrolladas, activos utilizados y riesgos asumidos por la empresa a través del EP de otras partes de la propia empresa⁶⁴. De este modo se consideran las rentas a atribuir a un EP como las que habría obtenido una empresa separada desde una perspectiva funcional. Para proceder a atribuir rentas bajo este enfoque, la OCDE establece un procedimiento dividido en dos fases: la identificación de los riesgos, activos y funciones asumidos por el EP, en un primer estadio, y la valoración, de acuerdo con el principio de plena competencia, de las operaciones presuntas derivadas de los riesgos, activos y funciones imputables al EP.

2.1. La identificación de los riesgos, activos y funciones asumidos por el establecimiento permanente

La primera fase implica que se considere al EP como una empresa distinta respecto de su casa central y otras partes de la misma empresa en relación con las funciones que realiza y las circuns-

tablecimiento permanente, incluyéndose los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte».

⁶¹ Aunque no fue hasta 2010 cuando se modificó el artículo 7 del MCOCDE, en la actualización del MCOCDE de 2008 se incluyeron en los comentarios al artículo 7 parte de los resultados del informe sobre atribución de beneficios al EP en su versión de ese mismo año. Sin embargo, la redacción del precepto continuó inalterada, lo que propiciaba dudas acerca de la compatibilidad del nuevo enfoque en la atribución de beneficios al EP y el tenor literal del artículo 7.

⁶² Artículo 7.2 del MCOCDE en su redacción actual dada por la versión aprobada en 2010.

⁶³ La versión actual del informe sobre la atribución de beneficios al EP es la aprobada el 22 de julio de 2010 (*vid.* OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, OECD Publishing, Paris).

⁶⁴ *Vid.* OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, *op. cit.*, §8.

tancias en que opera. Esta fase requiere la realización de un análisis funcional y fáctico en primera instancia para determinar qué funciones desarrolla el EP a través de la identificación de las funciones significativas llevadas a cabo por el personal del EP (*significant people functions*)⁶⁵. Esto implica saber qué personas están integradas en la estructura del EP y determinar qué funciones dentro de la organización son desarrolladas por las mismas para que estas funciones se atribuyan al EP.

Tras identificar estas funciones se atribuyen riesgos y activos al EP en consonancia con el anterior análisis⁶⁶. De este modo se identifican como activos y riesgos del EP aquellos cuya titularidad económica le corresponda de acuerdo con las funciones desarrolladas⁶⁷. Además, la consideración del EP como una empresa separada requiere la atribución de un volumen de capital libre coherente con los riesgos asumidos por el EP como si efectivamente se tratara de una entidad separada⁶⁸. Finalmente, se deben identificar y caracterizar las operaciones entre el EP y el resto de la empresa⁶⁹, así como los derechos y obligaciones que el EP adquiere frente a partes no vinculadas tras ser conceptualizado como una empresa separada y distinta⁷⁰.

2.2. La aplicación de las directrices de precios de transferencia

La segunda fase de la aplicación del enfoque autorizado de la OCDE en la atribución de beneficios al EP supone el empleo del principio de empresa independiente para proceder a remunerar al EP por las actividades desarrolladas⁷¹. Debe tenerse en cuenta que el enfoque se basa en la aplicación analógica de las directrices en materia de precios de transferencia para determinar el importe al que deberían ser remuneradas las actividades del EP de acuerdo con el principio de plena competencia, así como la remuneración de los servicios prestados por la casa central u otras partes de la empresa en favor del EP y con otras empresas vinculadas, incluyendo las rentas estimadas generadas por las operaciones internas entre el EP y la casa central⁷².

⁶⁵ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part. I, §§13-17.

⁶⁶ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part. I, §§18-27.

⁶⁷ Vid. CALDERÓN CARRERO, J. M. [2014]: «Beneficios empresariales (y de navegación)», en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea 2014*, CISS, Valencia, pág. 250.

⁶⁸ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part. I, §§28-32.

⁶⁹ Obviamente las operaciones internas no tienen consecuencias jurídicas para la empresa desde una perspectiva conjunta. Por ello, se deberá analizar la documentación existente en el seno de la empresa de cara a poder evaluar la transferencia de riesgos entre la casa central u otras partes de la empresa y el EP y las funciones asumidas por cada parte respecto de la otra, de modo que se puedan identificar y reconocer las operaciones internas. Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part. I, §§33 y ss.

⁷⁰ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part I, §§33-38.

⁷¹ Vid. CALDERÓN CARRERO, J. M. [2014]: «Beneficios empresariales (y de navegación)», op. cit., págs. 250-251.

⁷² Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part I, §§39-43. En relación con los problemas relativos a la posibilidad de tener en cuenta rentas estimadas a los efectos de determinar la base imponible del EP y las críticas vertidas por parte de la doctrina internacional, vid. CALDERÓN CARRERO, J. M. [2014]: «Beneficios empresariales (y de navegación)», op. cit., 250-251.

Para ello se admite la posibilidad de aplicar los distintos métodos previstos en materia de precios de transferencia con el objeto de reforzar la consideración del EP como empresa separada, siendo así que dichas operaciones se valoraran a su valor de mercado. Obviamente, en los ingresos y gastos realizados frente a terceros que sean plenamente atribuibles al EP por corresponderse con actividades o activos imputables al EP, no es necesario proceder a aplicar las directrices en materia de precios de transferencia en la medida en que por definición estarán valoradas de acuerdo con su valor de mercado⁷³.

IV. LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DE AGENCIA

De acuerdo con el enfoque de la OCDE, el EP de agencia no debería presentar especificidades frente a las reglas generales para la atribución de beneficios al EP⁷⁴. Sin embargo, como se ha señalado, la propia configuración del EP de agencia como un EP que no forma parte de la propia empresa, sino que se constituye por la actuación de una persona distinta, la cual ya es remunerada por ejercer las funciones de intermediación, puede dificultar el proceso de atribución de beneficios⁷⁵. Esta situación ha dado lugar a un debate acerca de la existencia de distintos criterios para aplicar el principio de plena competencia en las operaciones entre entidades vinculadas (art. 9 MCOCDE) y en la atribución de beneficios al EP (art. 7 MCOCDE).

1. EL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA EN LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE Y EN LAS OPERACIONES ENTRE ENTIDADES VINCULADAS: EL *SINGLE TAXPAYER APPROACH* Y EL *DUAL TAXPAYER APPROACH*

En la atribución de beneficios al EP de agencia deben tenerse en cuenta como punto de partida los diferentes actores que participan en la estructura derivada de la existencia del EP de agencia. Esta estructura se compone de tres actores: el agente, el cual, como persona distinta del principal, estará gravado en su imposición personal por los beneficios obtenidos a resultas de su intermediación; el principal, es decir, la empresa no residente, y el EP de agencia, resultante de las actividades del intermediario y al cual se le atribuirán beneficios como a cualquier otro EP de acuerdo con el enfoque autorizado⁷⁶.

⁷³ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part I, §15.

⁷⁴ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part I, §232.

⁷⁵ Vid. DZIURDZ, K. [2014]: «Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE: Different Arm's Length Principles under Articles 7(2) and 9?», *World Tax Journal*, vol. 6, núm. 2, págs. 152-153.

⁷⁶ Vid. DZIURDZ, K. [2014]: «Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE...», op. cit., pág. 136.

La peculiaridad en este supuesto, frente a otros en los que el EP se constituye a través de una presencia física de la empresa no residente mediante la tenencia de un lugar fijo de negocio en el Estado de la fuente, es que, en estos casos, ya existe una empresa separada que es remunerada por realizar las actividades de intermediación: el agente. En este caso, al EP se le atribuirá, como mínimo, la remuneración del agente, ya que dicha remuneración será el beneficio que se habría esperado obtener por la actuación de una empresa separada e independiente⁷⁷. Sin embargo, dicha remuneración será, al mismo tiempo, un gasto para el propio EP⁷⁸. De este modo, el resultado *a priori* de la atribución de beneficios al EP debería ser nulo. Este enfoque, denominado enfoque del contribuyente único (*single taxpayer approach*)⁷⁹, sin embargo, es negado por la propia OCDE, que defiende la posibilidad de que existan riesgos adicionales imputables al EP y que se integrarán en su base imponible⁸⁰, dando lugar al denominado enfoque del contribuyente dual (*dual taxpayer approach*)⁸¹.

EJEMPLO 1

Imagínese una matriz residente en Irlanda que opera en España a través de una filial comisionista. En virtud del contrato de comisión, la filial se ve remunerada en un porcentaje sobre las ventas en que intermedie fijado de acuerdo con los criterios previstos para las operaciones vinculadas, por ejemplo, a través del precio de reventa. Suponiendo ventas por importe de un millón de euros en España y una comisión para el intermediario del 2 %, coherente con el principio de plena competencia, esto supondrá que la filial tenga ingresos por importe de 20.000 euros. Si se considera, de acuerdo con el estándar resultante de la Acción 7 del Plan BEPS, que la actividad de la filial es constitutiva de un EP en España de su matriz, en la declaración del IRNR deberían incluirse como ingresos los 20.000 euros pagados a la filial, puesto que serán los beneficios esperables para una empresa separada e independiente, y como gasto el mismo importe, al haber sido empleado para remunerar a la filial. De este modo, la base imponible del EP sería nula, mientras que las comisiones tributarían en España en sede de la filial. De ser esto así, la relevancia de que exista o no un EP como consecuencia de la actuación de un intermediario sería, materialmente, nula.

⁷⁷ Vid. MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», en LANG, M. *et al.* (eds.), *Dependent Agents as Permanent Establishments*, Linde, Viena, pág. 236.

⁷⁸ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, *op. cit.*, Part I, §234. Piénsese que, de no permitirse la deducción de la remuneración del agente en la base imponible del EP de agencia, se estaría produciendo un supuesto de doble imposición económica al gravarse en manos de dos sujetos diferenciados, el agente y el EP de agencia, la misma renta, esto es, la remuneración percibida por el propio agente.

⁷⁹ Vid. MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», *op. cit.*, págs. 234-235.

⁸⁰ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, *op. cit.*, Part I, §§235-239.

⁸¹ Vid. DZIURDZ, K. [2014]: «Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE...», *op. cit.*, págs. 137-138.

De cara a poder comprender la posición de la OCDE y la posibilidad de que se puedan atribuir rentas al EP más allá de las obtenidas por el agente, debe tenerse en cuenta que existen tres posibles escenarios en lo que puede enmarcarse la relación entre agente y principal⁸². A este respecto, puede que el agente sea una empresa vinculada con el principal, supuesto en el que se ha centrado la doctrina y los trabajos en el marco del Plan BEPS. Junto a ello, cabe que el agente sea una empresa sin vinculación con el principal, de modo que cumpliendo los requisitos del artículo 5.5 del MCOCDE no se pueda considerar al agente como independiente a los efectos del artículo 5.6 del MCOCDE, aun cuando no se trate de una empresa vinculada. Finalmente, cabe que el agente cuya actuación dé lugar a un EP sea un empleado del principal con poderes para actuar en nombre y por cuenta de su empleador.

Partiendo de la última situación, es claro que la retribución del agente empleado puede ser inferior a las funciones que desarrolle como agente y los riesgos que eventualmente puedan atribuirse a su actividad, de modo que el EP resultante tendría como base imponible la remuneración del agente empleado más la remuneración de las funciones y riesgos desarrollados, siendo la propia remuneración del agente empleado un gasto deducible. De este modo, la base imponible final del EP de agencia en este supuesto reflejaría las funciones y riesgos asumidos por el EP de agencia netos de la remuneración del propio agente empleado. Esto permite apoyar el *dual taxpayer approach*. Sin embargo, no es menos cierto que la remuneración del agente empleado no se corresponderá con la de una empresa separada e independiente de acuerdo con el artículo 7.2 del MCOCDE, sino con la de un trabajador por cuenta ajena, circunstancia que justifica que en este caso se pueda considerar la existencia de dos bases imponibles diversas⁸³.

En el caso del agente no vinculado, la remuneración del agente será, por definición, la que una empresa separada e independiente hubiera podido obtener en las mismas circunstancias. De este modo, la atribución de beneficios al EP, en principio, no podría arrojar un resultado distinto de una base imponible nula. Sin embargo, cabría plantearse si el agente no vinculado podría asumir riesgos o funciones adicionales a las propias actividades de intermediación sin ser remunerado por ello. Aunque teóricamente esto es posible⁸⁴, supondría una desviación del estándar bajo el cual las operaciones entre empresas no vinculadas por definición se encuentran valoradas a su valor de mercado⁸⁵. Así, cabría considerar que, en estos supuestos, la base imponible del EP de agencia, por definición va a ser cero⁸⁶, salvo en aquellos casos en que se cumplan las mismas

⁸² Vid. MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», *op. cit.*, págs. 243-246.

⁸³ Vid. MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», *op. cit.*, págs. 243-244.

⁸⁴ Vid. DZIURDZ, K. [2014]: «Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE...», *op. cit.*, págs. 166-167.

⁸⁵ Vid. OCDE [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, Chapter I, §1.2.

⁸⁶ De acuerdo con MOSHAMMER y TUMPEL, para que el EP de agencia creado por la intervención de un agente no vinculado tuviera una base imponible positiva, sería necesario que asumiera riesgos y funciones que no se reflejaran en la relación entre el agente y el principal. Para ello sería necesario que el principal desplazara personas y con ello funciones que

condiciones que se analizarán a continuación para los EP de agencia generados por la intervención de una persona vinculada.

Por último, en el caso de que el agente sea una entidad vinculada, nos encontramos ante el supuesto que ha dado lugar a la modificación propuesta en la Acción 7 del Plan BEPS, es decir, cuando una entidad del grupo actúa como intermediario para un principal vinculado. En estos casos es fundamental identificar si es posible atribuir beneficios al EP resultante más allá de la remuneración de la propia filial intermediaria. De acuerdo con la propia justificación para la adopción de la Acción 7 del Plan BEPS, el cambio de sistemas de filiales revendedores o distribuidoras a comisionistas ha servido para trasladar beneficios fuera del Estado en el que las ventas han tenido lugar sin que se haya producido un cambio sustantivo en las funciones desarrolladas en dicho Estado⁸⁷.

Por tanto, se hace fundamental el análisis de cómo se pueden atribuir beneficios al EP resultante más allá de la propia remuneración del intermediario de conformidad con la nueva definición de EP contenida en la propia Acción 7. La preocupación de los Estados de la fuente es clara: en el caso de un distribuidor que asume todos los riesgos de la operación (*full-fledged distributor*), al asumirse todos los riesgos por parte del intermediario, los beneficios atribuibles al mismo se corresponderán con dicha asunción de riesgos; mientras que, al realizarse la distribución a través de un comisionista, por ejemplo, la reducción de riesgos imputables al intermediario determina una reducción equivalente de beneficios. Ahora bien, con los resultados de la Acción 7 del Plan BEPS únicamente se logra que la actuación del comisionista pueda generar un EP en el Estado de la fuente de su principal. En este caso, lo primero que debe plantearse es cómo se remunera a la filial, puesto que si su remuneración fuera inferior a la que correspondería atribuir al EP bajo el artículo 7.2 del MCOCDE, dicha diferencia sería la que integraría la base imponible del EP y serviría para restaurar los derechos de imposición del Estado de la fuente.

De acuerdo con el artículo 9 del MCOCDE, la remuneración de la filial intermediaria se deberá determinar conforme a las directrices sobre precios de transferencia, siendo aplicable, normalmente, el método del precio de reventa de conformidad con el principio del *best method*, en el caso de comisionistas o soportes de ventas⁸⁸. Dicha remuneración es congruente con el principio de plena competencia plasmado en el artículo 9 del MCOCDE en las relaciones entre entidades vinculadas, por lo que la pregunta ha de ser si cabe considerar que el EP resultante desarrolle funciones, use activos o asuma riesgos distintos de los que asume la filial intermediaria. De con-

se desarrollaran por el EP de agencia. Vid. MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», *op. cit.*, págs. 245-246. Sin embargo, desde un plano teórico, en el marco de una relación entre partes no vinculadas, parece extraño que se dotara de funciones adicionales al EP resultante y fuera aceptado por el agente no vinculado. Obviamente, en la realidad esto sí podría suceder en la medida en que el principal tuviera poder de mercado suficiente para imponer condiciones fuera de las que serían aceptadas por partes totalmente independientes.

⁸⁷ Vid. OCDE [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report...*, *op. cit.*, pág. 13.

⁸⁸ Vid. OCDE [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, Chapter II, §2.21 y ss.

siderarse que dichos activos, riesgos y funciones son asumidos por la propia filial, el problema no sería de atribución de beneficios al EP, sino de precios de transferencia entre la matriz (o la entidad del grupo que opere como principal) y la filial⁸⁹.

De acuerdo con el enfoque autorizado de la OCDE para atribuir beneficios al EP de agencia más allá de los que corresponden al intermediario de acuerdo con el principio de plena competencia es necesario que se identifiquen funciones que no se correspondan con las propias de la relación de intermediación entre el agente y el principal⁹⁰. Estas funciones, de acuerdo con la OCDE, se pueden desarrollar por el propio personal del agente o por el personal del principal en el territorio del Estado de la fuente. En cualquiera de los casos, cabrá imputar los beneficios derivados de ese riesgo al EP resultante.

Sin perjuicio de lo anterior, en mi opinión, la posición de la OCDE en relación con este extremo no es especialmente clara, al menos en lo que respecta a la asunción de funciones por parte del personal del propio agente. Si el personal del agente desarrolla unas funciones adicionales a las que se corresponden de acuerdo con la relación entre agente y principal, ¿cabe pensar que existe un problema distinto de una inadecuada remuneración del agente de acuerdo con el principio de plena competencia? En ese caso, *a priori*, el problema no sería de atribución de beneficios al EP, sino un problema de determinación de los precios de transferencia en una operación vinculada entre principal y agente. Como se argumentará, la opción para poder aplicar el enfoque autorizado de la OCDE requiere, en estos casos, ir un paso más allá, reinterpretando la propia atribución de funciones al EP y a la empresa vinculada.

En el caso en que el principal enviara personal propio o subcontratado para realizar funciones adicionales a favor del EP generado por la intervención de la filial, cabrá atribuir beneficios adicionales al EP directamente. Esta situación permitiría atribuir beneficios al EP más allá de la propia remuneración del agente, permitiendo que el Estado de la fuente recuperara, al menos en parte, sus derechos de imposición sobre los beneficios derivados de las ventas en el territorio local. Esto requiere que dichas funciones se sigan realizando en el territorio de dicho Estado.

EJEMPLO 2

Una entidad matriz no residente cuenta con una filial residente en España que actúa como un soporte de ventas y cuyas actuaciones cualifican para ser consideradas con constitutivas de un EP para su principal de conformidad con el nuevo estándar. La remuneración del agente

.../...

⁸⁹ Vid. ZORNOZA PÉREZ, J. y BÁEZ MORENO, A. [2015]: «La Cláusula de EP Frente al Tratamiento de las Reestructuraciones Empresariales...», *op. cit.*, pág. 135.

⁹⁰ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, *op. cit.*, Part I, §242.

.../...

se basará en una comisión sobre las ventas realizadas, la cual formaría parte de los ingresos atribuibles al EP resultante, al mismo tiempo que sería un coste para el mismo. La atribución de beneficios adicionales supondría que la casa central desplazara personal a España para realizar funciones adicionales a las desarrolladas por el intermediario, por ejemplo, un análisis global de riesgo de los potenciales clientes para la casa central. Estas funciones deberían remunerarse como una operación interna del EP a favor de la casa central, atribuyéndose una remuneración acorde con la que se habría satisfecho a una empresa independiente. Obviamente los gastos del personal desplazado serían deducibles de la base imponible del EP.

A diferencia de lo anterior, para proceder a atribuir beneficios adicionales cuando las funciones se desarrollan por el personal del propio agente cabría una interpretación que permitiría llevar a cabo esta atribución de acuerdo con el principio de plena competencia en aquellos casos en que determinadas funciones se desarrollaran por el propio agente. Se trataría de diferenciar el modo en que se articula el principio de plena competencia en el marco de las relaciones entre EP y casa central (art. 7 MCOCDE) y empresas asociadas (art. 9 MCOCDE)⁹¹.

A este respecto, en el ámbito de los precios de transferencia entre empresas asociadas el desarrollo de determinadas funciones no tiene por qué estar acompañado de la asunción de riesgos y uso de activos⁹², sino que cabe disociar estos conceptos cuando se desarrollen funciones de control por parte de una entidad. De este modo, al calcular la remuneración de la entidad que desarrolle la función de control no se incluirá la remuneración que correspondería por la asunción de riesgos y uso de activos, puesto que la titularidad económica de los mismos permanecerá en sede de la otra entidad. Así, cabría que el agente se ocupara de desarrollar funciones de control sobre los riesgos y activos del principal, siendo remunerado por ello, sin que los beneficios presuntos derivados de la asunción de riesgo y uso de dichos activos fuera imputable al agente.

Frente a ello, en el marco de la atribución de beneficios al EP, los riesgos y activos siguen a las funciones⁹³. De este modo, cabría que, en estos casos, la remuneración atribuible al agente fuera distinta de los beneficios atribuibles al EP toda vez que el agente sería remunerado únicamente por el desarrollo de funciones de control, mientras que en sede del EP se incluiría la remuneración correspondiente a la asunción de los riesgos y uso de activos que quedarían en sede del principal, pero atribuibles a las funciones desarrolladas por el EP de agencia⁹⁴.

⁹¹ Vid. MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», *op. cit.*, págs. 241-242.

⁹² Vid. OCDE [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, Chapter IX, §9.23 y ss.

⁹³ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, *op. cit.*, Part I, §15.

⁹⁴ Vid. DZIURDZ, K. [2014]: «Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE...», *op. cit.*, pág. 160 y ss.

EJEMPLO 3

Una entidad matriz no residente cuenta con una filial residente en España que actúa como un comisionista cuyas actuaciones cualifican para ser consideradas como constitutivas de un EP para su principal de conformidad con el nuevo estándar. De acuerdo con la legislación mercantil, el comisionista no adquiere la titularidad de los bienes que vende a terceros, continuando los mismos siendo de titularidad del principal. En la remuneración del comisionista se puede incluir un pago por el control del *stock* de las mercaderías. Tal situación es lógica en la medida en que el comisionista es el que gestionará el *stock* disponible para la venta. Al tratarse de una operación entre distintas empresas asociadas, el artículo 9 del MCOCDE permite disociar las funciones desarrolladas de la titularidad económica de los activos y la asunción de los riesgos inherentes, los cuales quedarían en la esfera de la entidad matriz. El artículo 7 del MCOCDE impone que las funciones conlleven la asunción de riesgos y la titularidad de activos. Al desarrollar las funciones el agente, la asunción de riesgos y la titularidad económica de los activos se podrá atribuir al EP de agencia, sin que la remuneración por estos conceptos se incluya en la remuneración del agente. De este modo cabrá que el EP obtenga un beneficio superior a la remuneración del agente cuya actuación genera el EP.

2. LA IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS PROPIOS DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DE AGENCIA

De conformidad con lo anterior, en el caso de agentes que sean entidades vinculadas para que se atribuyan riesgos propios al EP de agencia, es decir, riesgos que no puedan ser imputados al propio agente, será necesario que el principal sea el que directamente asuma el riesgo mediante el envío de personal propio o subcontratado para desarrollar funciones adicionales a las que asume el agente o que en la remuneración del agente se especifique que su actuación no lleva aparejada la asunción de determinados riesgos, sino únicamente el control y gestión de los mismos, de modo que el riesgo continúe en la esfera del principal. En la primera categoría de casos la prueba de la asunción de riesgos por el EP se basará en la documentación que justifique el desplazamiento del personal y las funciones desarrolladas; mientras que en la segunda será el propio contrato entre agente y principal el que servirá para justificar dicha situación⁹⁵. Obviamente, los problemas probatorios para la Administración a la hora de proceder a imputar los riesgos al EP serán especialmente complejos en la primera categoría de casos.

Por otro lado, la naturaleza de los riesgos a imputar al EP de agencia será variada. En principio, la OCDE identifica dos categorías no exhaustivas de riesgos que pueden imputarse al EP de

⁹⁵ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Part I, §§172-182 y 224-226.

agencia: los riesgos de inventario y los riesgos de clientela⁹⁶. En el caso de los riesgos de inventario será necesario que el inventario sea gestionado por el agente o por el personal desplazado por el principal, quedando los riesgos derivados del mismo en sede del principal.

Obviamente, esto será únicamente posible cuando el inventario se encuentre en el Estado de la fuente. Por otro lado, el riesgo de clientela podrá ser imputado al EP en aquellos casos en que el intermediario no asuma la solvencia de los deudores. Esto puede ser complicado en el caso de los comisionistas en la medida en que contratan en nombre propio con los terceros, es decir, iniciando una relación jurídica entre agente y tercero, aunque conlleve obligaciones de hacer para su principal, por lo que no quedaría riesgo que atribuir en la esfera del principal. En los casos de soportes de ventas, sin embargo, cabrá que el EP asuma dicho riesgo en la medida en que el intermediario no lo asuma y quede en sede del principal, por lo que, de ejercer funciones de control el intermediario, cabría imputar dicho riesgo al EP.

No obstante lo anterior, el efecto que tiene esta atribución de riesgos al EP en los derechos de imposición del Estado de la fuente es prácticamente desdeñable toda vez que el objetivo de la Acción 7 del Plan BEPS era el de restaurar los derechos de imposición que los Estados donde tienen lugar las ventas ven erosionados como consecuencia de la relocalización de funciones y riesgos en sede del grupo multinacional. Es probablemente por ello por lo que se ha planteado la continuación de los trabajos en el seno de esta acción para adecuar las directrices para la atribución de beneficios al EP a la nueva configuración del EP de agencia.

3. ALTERNATIVAS PARA LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE DE AGENCIA

Como puede intuirse, el método de atribución de beneficios al EP de agencia bajo el enfoque autorizado no resuelve ni los problemas derivados de la erosión de bases imponibles en el Estado de la fuente, ni aporta un mecanismo practicable para poder proceder a determinar la base imponible correspondiente al EP de agencia. Es por ello que como corolario a este trabajo, analizo dos posibles mecanismos para atribuir beneficios al EP de agencia que podrían servir a estos fines y, eventualmente, cumplir con los dictados del principio de plena competencia.

3.1. La consideración del establecimiento permanente de agencia como un vendedor puro

La primera alternativa para proceder a atribuir beneficios al EP de agencia consistiría en fijar como estándar de comparación el beneficio atribuible a un distribuidor que asumiera todos los riesgos como renta positiva atribuible al EP de agencia. Sobre esta magnitud de beneficio presunto se

⁹⁶ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, op. cit.*, Part I, §§243-245.

deducirían las remuneraciones satisfechas al agente, de modo que la base imponible del EP de agencia estuviera constituida por los riesgos imputables a un revendedor que no se asuman por el agente.

El punto de partida para aplicar esta ficción sería el de conceptualizar al EP de agencia como un revendedor, de modo que todos los riesgos, funciones y activos del revendedor serían atribuibles al propio EP, con independencia del rol del intermediario. De este modo, se partiría del sistema de distribución tradicional, el cual es el fundamento para considerar la posible erosión de bases imponibles por el empleo de figuras de intermediarios cuyas actividades no podrían ser consideradas como generadoras de un EP conforme a la literalidad del MCOCDE en su redacción actual.

De este modo, en la medida en que la intervención de un intermediario pudiera dar lugar a un EP de agencia conforme al nuevo estándar post-BEPS, el Estado de la fuente vería garantizados los mismos derechos de imposición que tendría en el caso de que las ventas en su mercado se realizaran íntegramente a través de una filial revendedora. Esto sería así de agregarse la remuneración del intermediario a la base imponible resultante del EP de agencia.

Esta posición tiene como principales méritos la homogeneidad en el tratamiento de las figuras de intermediación, ya que, con independencia de la forma elegida por el grupo multinacional para organizar su cadena de distribución, de existir un EP de agencia, el resultado agregado de la integración de los beneficios atribuibles al EP de agencia y la remuneración del agente, será en todo caso la misma. Por otro lado, servirá para restaurar los derechos de imposición erosionados en la medida en que las mismas funciones se sigan desarrollando en el Estado de la fuente, aun cuando se hayan producido cambios en la forma de llevar a cabo la distribución. Finalmente, esta interpretación gozaría del beneficio de la practicabilidad, toda vez que únicamente requeriría de determinar la retribución que habría percibido un revendedor puro u otro distribuidor que asumiera todo el nivel de riesgos para integrarlo en la base imponible del EP deduciendo la remuneración que el agente realmente percibiera.

Sin perjuicio de los méritos que tiene esta propuesta, la principal objeción a la misma estriba en la posible infracción del principio de atribución de riesgos, funciones y activos que subyace en la interpretación del principio de empresa separada e independiente elaborada por la OCDE. De acuerdo con la posición de la OCDE, es necesario que se puedan atribuir funciones concretas al EP para poder atribuir rentas por el desarrollo de dichas funciones, la asunción de los riesgos o la titularidad económica de los activos. En la interpretación propuesta, no se procede a atribuir funciones concretas, sino que se atribuyen en bloque al EP por la ficción de que el estándar de comparación es el de un revendedor puro. Esto podría suponer una infracción del criterio de plena competencia, al no especificarse las funciones concretas desarrolladas por el EP de agencia.

3.2. El desarrollo del método del *profit split* en las relaciones entre casa central y establecimiento permanente

La segunda opción que planteo para atribuir beneficios al EP de modo coherente con el principio de plena competencia es el recurso al método del reparto de beneficios (*profit split*) como

mecanismo para valorar la intervención del EP en la cadena de distribución. El método del reparto de beneficios, como es sabido, es un método de determinación de los precios de transferencia que opera sobre el beneficio conjunto de una operación. De acuerdo con este método, el beneficio global de una determinada operación se distribuye entre las partes de una empresa de acuerdo con las funciones desarrolladas por cada una de ellas de acuerdo con un sistema de reparto que habría sido pactado por partes independientes⁹⁷.

En las relaciones entre EP y casa central, la valoración de las distintas operaciones se realiza normalmente a través de los métodos transaccionales (método del precio libre comparado, método del coste incrementado o método del precio de reventa). Estos mecanismos son apropiados al evaluar transacciones individualizables entre partes de la empresa. Sin embargo, la integración de funciones desarrolladas a nivel del EP de agencia y la colaboración entre agente, principal y EP de agencia puede justificar la aplicación de un método de reparto del beneficio global de la operación y no a través de un análisis de valoración de las distintas funciones individuales desarrolladas por el EP⁹⁸.

Esta posibilidad engazaría con el trabajo pendiente de la OCDE en el marco de la Acción 10 del Plan BEPS, cuyos resultados se encuentran todavía en fase de desarrollo hasta 2017⁹⁹. De este modo, el principio de reparto de beneficios serviría para evaluar y valorar la aportación del EP a la cadena de valor de la empresa multinacional, atribuyéndole parte de los beneficios globales en función de la aportación del EP a la cadena de valor. Sin perjuicio de los resultados que pudiera tener el trabajo de la OCDE en el marco de esta acción, lo cierto es que el empleo de métodos sobre el beneficio puede dar lugar a más problemas de litigiosidad y practicabilidad que el análisis individualizado de funciones, riesgos y activos o la consideración de la remuneración del revendedor puro como estándar de comparación que se ha propuesto anteriormente.

V. CONCLUSIONES

La figura del EP de agencia constituye uno de los elementos más conflictivos de la fiscalidad internacional. Esta conflictividad tiene su origen en la formalidad de las definiciones empleadas para que la intervención de un intermediario pueda ser constitutiva de un EP de su principal no residente, las cuales pueden ser fácilmente eludidas en el marco de los grupos multinacionales. Es este motivo el que justifica el interés de los distintos Estados en la modificación de los umbrales para que la intermediación de un agente pueda ser considerada como constitutiva de un EP para su principal no

⁹⁷ Vid. OCDE [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, op. cit., Chapter II, §2.108 y ss.

⁹⁸ Vid. OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, op. cit., Annex: Bis ratio approaches, §§118-122.

⁹⁹ Vid. OCDE [2015]: *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation. Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, págs. 55-56.

residente. A este respecto, los resultados de la Acción 7 del Plan BEPS suponen la adopción de un criterio material, el cual supondrá que aflore un elevado número de EP de agencia por la intermediación de las filiales locales en los negocios transfronterizos de los grupos multinacionales. En este sentido, situaciones que actualmente se consideraban excluidas del ámbito del EP de agencia supondrán la creación de un EP en la medida en que agente y principal operen dentro del mismo empresarial.

Como consecuencia de lo anterior, se hace necesario el análisis de los criterios para atribuir beneficios al EP de agencia resultante de la intermediación de las filiales locales. El enfoque autorizado de la OCDE para la atribución de beneficios al EP supone que los beneficios que puedan imputarse al EP se basen en el desarrollo de funciones por el personal asignado al EP, para el cual se asignan riesgos y la titularidad económica de activos al EP, valorándose a precios de mercado la remuneración del EP por estos conceptos. En el caso del EP de agencia, se hace complicado calcular los beneficios atribuibles al EP en la medida en que el propio EP es generado por la participación de una persona distinta al principal: el agente.

De acuerdo con el modelo de atribución de beneficios propuesto por la OCDE, cabe atribuir un beneficio al EP no coincidente con la remuneración satisfecha al agente de acuerdo con criterios de plena competencia mediante la disociación entre la realización de funciones y la asunción de riesgos y titularidad de activos inherentes a los mismos. De este modo, la base imponible final del EP de agencia estaría formada por los beneficios residuales derivados de estos riesgos y activos.

En el presente trabajo propongo dos métodos alternativos para atribuir beneficios al EP de agencia, los cuales podrían ser compatibles con el principio de plena competencia y, eventualmente, aportar mayor seguridad jurídica y practicabilidad que el método propuesto por la OCDE. En concreto, planteo la posibilidad de usar un estándar de comparación para la determinación de los beneficios del EP de agencia basado en la figura del revendedor puro, figura que sirve como soporte para la propia Acción 7. De este modo, los beneficios a atribuir al EP serían los mismos que habría obtenido un revendedor puro en condiciones de mercado, pudiéndose deducir luego las remuneraciones satisfechas al intermediario. La segunda alternativa se basaría en el desarrollo del método de reparto de beneficios como mecanismo para atribuir beneficios en el marco de una cadena de valor, de modo que se valoraran las funciones desarrolladas por el EP en su conjunto para proceder al reparto de los beneficios globales entre las distintas partes de la empresa.

Bibliografía

AVERY JONES, J. F. y LÜDICKE, J. [2014]: «The origins of article 5(5) and 5(6) of the OECD Model», *World Tax Journal*, vol. 6, núm. 3.

CALDERÓN CARRERO, J. M. [2014]: «Beneficios empresariales (y de navegación)», en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea 2014*, CISS, Valencia.

CARMONA FERNÁNDEZ, N. [2012]: «La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas», *Crónica tributaria*, núm. 145.

COMISIÓN EUROPEA [2011]: *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)*, COM(2011) 121 final.

DZIURDŹ, K. [2014]: «Attribution of Functions and Profits to a Dependent Agent PE: Different Arm's Length Principles under Articles 7(2) and 9?», *World Tax Journal*, vol. 6, núm. 2.

FERNÁNDEZ GREGORACI, B. [2008]: «Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DCFR y a los PECL», *Indret*, núm. 4.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2014]: «Preventing the Artificial Avoidance of PE Status», *Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing Countries*, United Nations, New York.

MOSHAMMER, H. y TUMPEL, M. [2014]: «Attribution of Profits to a Dependent Agent PE», en LANG, M. *et al.* (eds.), *Dependent Agents as Permanent Establishments*, Linde, Viena.

OCDE [2010]: *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, OECD Publishing, Paris.

- [2010]: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris.
- [2013]: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris.
- [2015]: *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris.
- [2015]: *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris.
- [2015]: *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation. Actions 8-10 – 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris.

OYAMA, H. [2014]: «Countering BEPS: Preventing Abusive Commissionaire Arrangements», *Tax Notes International*, vol. 75, núm. 13.

PIJL, H. [2013]: «Agency permanent establishments: in the name of and the relationship between Article 5(5) and (6) - part 1», *Bulletin for international taxation*, vol. 67, núm. 1.

- [2013]: «Agency permanent establishments: in the name of and the relationship between Article 5(5) and (6) - part 2», *Bulletin for international taxation*, vol. 67, núm. 2.

VEGA BORREGO, F. A. [2003]: *Las Medidas contra el «Treaty Shopping»*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

ZIELKE, R. [2012]: «Commissionaire Structure as an Agency Permanent Establishment (PE): Low Risk for Foreign Principals Constituting a PE in Norway – Dell Products v. Government of Norway, Decision of the Norwegian Supreme Court of 2 December 2011», *Intertax*, vol. 40, núm. 8/9.

ZORNOZA PÉREZ, J. y BÁEZ MORENO, A. [2015]: «La Cláusula de EP Frente al Tratamiento de las Reestructuraciones Empresariales: Los casos Roche y Dell», en UEHARA HASHIMOTO, Y. (coord.), *Temas selectos de precios de transferencia*, Themis-IFA, México.

LA DIRECTIVA ANTIABUSO (I)

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas

EXTRACTO

La Directiva UE 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente en el funcionamiento del mercado interior, vulgarmente conocida como directiva antiabuso, contiene un conjunto de medidas que, básicamente, pretenden impedir las prácticas elusivas en relación con el impuesto que grava los beneficios de las empresas.

La directiva antiabuso se inscribe en el movimiento reformador de la fiscalidad internacional sobre los beneficios, liderado por el denominado proyecto BEPS*. La primera parte de la presente colaboración examina el contexto fiscal en el que se inserta la directiva, sus relaciones con el proyecto BEPS y los objetivos básicos que persigue. En la segunda se abordará el análisis de su articulado.

Palabras claves: Directiva 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio, contra las prácticas de elusión fiscal; antielusión; fiscalidad internacional e Impuesto sobre Sociedades.

* *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* (OECD, 2013).

THE ANTI-AVOIDANCE DIRECTIVE (I)

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

The Council Directive (EU) 2016/1164, of 12 July 2016, which lays down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, also known as the anti-avoidance Directive, contains a range of measures which basically intend to prevent abusive practices regarding taxes levied on corporate profits.

The anti-avoidance Directive stems from the international taxation reform movement, led by the so-called BEPS project. The first part of the paper covers the Directive's tax context, its relationship with BEPS project and the basic goals it pursues. The second part will tackle the analysis of its articles.

Keywords: Council Directive (EU) 2016/1164, of 12 July 2016, to avoid abusive practices; anti-avoidance; international taxation and Corporate Income Tax.

Sumario

1. Introducción
 - 1.1. El proyecto BEPS y el Plan de Acción de la Comisión: una filosofía compartida, con una diferencia fundamental
 - 1.2. El tiempo político tras la crisis de 2008
 - 1.3. Los nuevos elementos de la fiscalidad internacional sobre los beneficios de las empresas
 - 1.3.1. Breve descripción de los nuevos elementos del escenario de la fiscalidad internacional
 - 1.3.2. Problemas derivados de los nuevos elementos del escenario de la fiscalidad internacional
 - 1.3.3. Algunas conclusiones preliminares
2. La relación entre las iniciativas de la OCDE y de la UE
 - 2.1. Criterios para analizar la correspondencia entre el proyecto BEPS y el paquete antielusión UE
 - 2.2. La matriz de las relaciones entre el proyecto BEPS y el paquete antielusión de la UE
 - 2.2.1. Estándares mínimos nuevos
 - 2.2.2. Estándares mínimos preexistentes
 - 2.2.3. Metodologías comunes
 - 2.2.4. Mejores prácticas
 - 2.2.5. Otros aspectos
 - 2.3. Materias abordadas por la OCDE y por la UE, y su distinto valor
3. Objetivos de la directiva antiabuso
 - 3.1. Alinear la creación de valor con los derechos de imposición, de acuerdo con el proyecto BEPS
 - 3.2. Propiciar una implementación coordinada del proyecto BEPS
 - 3.3. Garantizar que no se produzcan supuestos de doble imposición
 - 3.4. Salvaguardar la aplicación del principio de libre competencia
 - 3.5. La incidencia sobre el Impuesto sobre Sociedades

NOTA: El autor agradece a Silvia López Ribas sus valiosas observaciones. Los errores que pudieran existir son responsabilidad exclusiva del autor.

«Nuestro sistema de competencia global anima a las empresas a ubicarse no sobre la base de la eficiencia mundial, sino de la competencia tributaria; aunque es comprensible que eso sea muy del agrado de las empresas, ya que la competencia tributaria incrementa sus beneficios después de impuestos, distorsiona la economía global y socava la capacidad de imponer unos gravámenes justos sobre el capital...»

J. STIGLITZ, *El precio de la desigualdad*, pág. 344

1. INTRODUCCIÓN

La propuesta de directiva antiabuso fue presentada por la Comisión de la Unión Europea (UE) a comienzos de 2016, formando parte del denominado *Anti Tax Avoidance Package*, o paquete antiabuso, el cual está compuesto por cuatro medidas:

- Propuesta de Directiva del Consejo, por la que se establecen reglas para luchar contra las prácticas de evasión fiscal con incidencia sobre el funcionamiento del mercado interior [COM(2016) 26 final].
- Propuesta de modificación de la Directiva 2011/16/UE, en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad [COM(2016) 25 final].
- Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo, relativa a la estrategia exterior para garantizar una imposición efectiva [COM(2016) 24 final].
- Recomendación de la Comisión a los Estados miembros, sobre la implementación de medidas antiabuso en los convenios para eliminar la doble imposición [COM(2016) 27 final].

Estas medidas, que están explicadas y contextualizadas en una comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo¹, forman parte del denominado *Plan de Acción de la Comisión*²,

¹ *Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE* [COM(2016)23 final].

² *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales* [COM(2015)121 final]. El antecedente inmediato de esta comunicación es la Comunicación al Parlamento y al

en particular, del área de acción segunda, consagrada al objetivo de garantizar que los beneficios sean gravados por la jurisdicción fiscal en donde se generen. Todas ellas, incluso las de contenido normativo, han llegado ya a buen puerto.

Por lo que se refiere a la propuesta de directiva antiabuso, su proceso de tramitación y debate ha sido extraordinariamente diligente. En efecto, informada favorablemente por el Parlamento europeo³ con fecha de 27 de mayo de 2016, ya el 25 de ese mismo mes la presidencia del Consejo presentó un texto transaccional con base en el cual se acercaron las posiciones de los distintos Estados miembros, lo que permitió a la citada presidencia formular unas propuestas para alcanzar un compromiso político que fraguó en el Ecofin de 17 de junio de 2016, llegándose a la aprobación definitiva el 12 de julio de 2016.

Por tanto, apenas transcurrido medio año desde que la Comisión presentó, en uso del denominado privilegio de iniciativa, la propuesta de directiva, tal iniciativa ha fructificado, aunque con ciertas modificaciones, señaladamente en el ámbito de la transparencia fiscal internacional.

A la vista de la historia de la armonización en materia de fiscalidad directa, es claro que la Comisión, favorecida por el mismo impulso político y social que alienta el proyecto BEPS, ha logrado un notable éxito político.

Aun cuando la presente colaboración se centra en la Directiva 2016/1164, se considera conveniente efectuar una descripción preliminar del contexto en el que se inserta. Este contexto está definido por tres vectores:

- La filosofía compartida con el proyecto BEPS.
- El tiempo político que se abre a raíz de la crisis de 2008.
- Los nuevos elementos del escenario de la fiscalidad internacional consecuentes a la globalización.

Estos tres vectores contribuyen a explicar los objetivos de la referida directiva, así como sus contenidos y omisiones. A la vista de los mismos es fácil apreciar que el ingrediente político, presente en toda norma tributaria junto al puramente técnico, ha revestido una gran importancia.

Consejo [COM (2012) 722 final], de 16 de diciembre de 2012, en la que se formulaba el *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal*. Contenía 34 medidas de diversa naturaleza, entre las que se encontraba una concerniente a la *planificación fiscal agresiva*, para cuya puesta en práctica la Comisión formuló la *Recomendación sobre planificación fiscal agresiva* [C(2012) 8806 final] y la *Recomendación relativa a las medidas dirigidas a estimular a los países terceros a aplicar estándares mínimos de buena gobernanza fiscal* [C(2012) 8805 final].

³ *Informe sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, de 27 de mayo de 2016* [COM(2016)0026 –C8-0031/2016– 2016/0011(CNS)]. Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios.

1.1. EL PROYECTO BEPS Y EL PLAN DE ACCIÓN DE LA COMISIÓN: UNA FILOSOFÍA COMPARTIDA, CON UNA DIFERENCIA FUNDAMENTAL

La directiva antiabuso y, más generalmente, el *Plan de Acción de la Comisión*, se inscriben en la estela del Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, cuyos primeros frutos han consistido en 15 informes librados en octubre de 2015⁴.

La filosofía que anima al *proyecto BEPS* y al *Plan de Acción de la Comisión*, en gran medida coincidente, puede resumirse de la siguiente manera:

- Los beneficios deben tributar en la jurisdicción fiscal donde se generan, esto es, en aquella en la que se ha producido la creación de valor.
- La descoordinación de las legislaciones fiscales nacionales, la obsolescencia de los estándares fiscales internacionales, la concurrencia de regímenes preferenciales y las carencias de información y de transparencia han facilitado la denominada planificación fiscal agresiva, cuyo resultado ha sido quebrantar el nexo entre la generación del beneficio inherente a la creación de valor y la jurisdicción fiscal legitimada para gravar ese beneficio.
- Es necesario, por tanto, remozar los estándares internacionales, garantizar que los regímenes fiscales preferenciales no sean un instrumento para quebrantar el vínculo entre creación de valor y jurisdicción fiscal, fomentar la transparencia y la información y, en fin, establecer las normas antiabuso oportunas en orden a alcanzar el objetivo de que la tributación se perciba por la jurisdicción fiscal en la que se crea el correspondiente valor.

A pesar de esa coincidencia filosófica, hay una diferencia fundamental.

La diferencia fundamental entre el proyecto BEPS y el Plan de Acción de la Comisión está en que el primero confía en el buen funcionamiento, una vez renovado, del sistema de tributación de los beneficios de las empresas multinacionales que podríamos denominar tradicional, basado en los principios de empresa separada, libre competencia y tributación de la renta de los establecimientos permanentes en la jurisdicción fiscal donde se hallen ubicados, en tanto que el segundo, si bien aceptando los aspectos positivos de esa renovación, y sumándose a ella en el corto plazo, propone otro sistema, asentado en criterios distintos cuando no opuestos, conocido como la base imponible común consolidada sobre los beneficios en el espacio europeo (CCCTB)⁵, que vendría a sustituir, en el largo plazo, al de la OCDE.

⁴ Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales de 2015. Resúmenes. Nota explicativa.

⁵ BOTELLA GARCÍA LASTRA, C.: *La armonización de la base imponible común consolidada del Impuesto sobre Sociedades y su incidencia en el sistema tributario español* (capítulo I, donde se desarrolla la justificación y fundamentos del proyecto CCCTB), Aranzadi, 2016.

1.2. EL TIEMPO POLÍTICO TRAS LA CRISIS DE 2008

Si se contemplan retrospectivamente las iniciativas, propuestas y logros en materia de tributación internacional sobre los beneficios de la UE y de la OCDE, se podrá percibir que la preocupación por la eliminación de la doble imposición ha sido la parte más importante de la agenda, hasta fechas relativamente recientes⁶. Sin embargo, las operaciones de la denominada planificación fiscal agresiva se habían venido produciendo desde tiempos muy anteriores, seguramente espoleadas, en el ámbito europeo, por la libertad de movimiento de capitales y la existencia de jurisdicciones fiscales con regímenes fiscales, generales o especiales, propiciatorios o, incluso, prácticas administrativas coadyuvantes⁷. ¿Qué explica la ardorosa dedicación actual de las dos organizaciones internacionales a la lucha contra la evasión y el fraude fiscal en relación con los impuestos que gravan los beneficios generados por las actividades económicas transfronterizas?

Probablemente, en buena medida, esa explicación deba encontrarse en el tiempo político que se abre a raíz de la, por KRUGMAN denominada, depresión continuada subsiguiente a la Gran Recesión de 2008⁸.

Esta crisis, prolongada en el tiempo, ha golpeado severamente a las economías de los países occidentales, reflejada en la caída del empleo y de la producción, y también a sus sistemas de protección social, de manera tal que las prestaciones del Estado de Bienestar, ante las crecientes dificultades de financiación, hayan debido recortarse o, cuando menos, no hayan podido extenderse suficientemente a los denominados nuevos riesgos sociales⁹.

Esta crisis, igualmente, ha acentuado las tendencias hacia la sociedad dual, particularmente puesta de relieve en la brecha laboral entre trabajadores maduros con carreras largas y estables o funcionarios públicos y trabajadores jóvenes con acusada discontinuidad laboral, así como en la apertura desmesurada del abanico salarial acompañada de retribuciones extraordinarias exorbitantes a los directivos¹⁰, carentes de una relación clara con la productividad¹¹.

Este panorama, en cuyo origen se halla el pánico subsiguiente al colapso de ciertos grupos financieros norteamericanos¹², no atisbado por los supervisores y azuzado por la alquimia de los

⁶ CRUZ PADIAL, I.: «Modelos de tributación de los beneficios empresariales», *RCyT*. CEF, núm. 400, julio 2016. Establece tres etapas respecto de la acción de la OCDE y de la UE en materia de configuración de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. CARBAJO VASCO, D.: «El Plan de Acción de la iniciativa BEPS. Una perspectiva empresarial», *Crónica Tributaria*, 2015.

⁷ *Commission Decision on Appel-Ireland*.

⁸ KRUGMAN, P.: *Acabad ya con esta crisis!*, Crítica, 2012, págs. 10 y ss. y 22 y ss.

⁹ DEL PINO, E. y RUBIO LARA, M.ª J.: *Los Estados del Bienestar en la encrucijada* (capítulo XVII), Tecnos, 2013.

¹⁰ ZYGMUNT BAUMAN: *La riqueza d'uns quants beneficia a tothom?*, SL Arcadia, 2014, pág. 45 y ss.

¹¹ KRUGMAN, P.: *Acabad ya con esta crisis!* (capítulo 5), Crítica, 2012.

¹² KRUGMAN, P. y WELLS, R.: *Macroeconomía* (capítulos 17 y 18), Reverte, 2014.

llamados ingenieros financieros¹³, ha provocado un gran malestar social y, al tiempo, ha estimulado los trabajos de los científicos sociales y de ciertas organizaciones no gubernamentales¹⁴ en el campo de la igualdad en las sociedades occidentales. En esos trabajos, ha jugado un papel la supuestamente menguada tributación de los grupos multinacionales y de las personas con grandes patrimonios, en relación con su capacidad económica¹⁵.

Se acusa a los grupos multinacionales de librarse a prácticas de planificación fiscal agresiva, básicamente consistentes en la desviación de rentas hacia jurisdicciones fiscales complacientes en detrimento de las jurisdicciones fiscales en las que efectivamente se realizan las actividades económicas generadoras de aquellas rentas. La Acción 11 de proyecto BEPS ha espigado los indicadores de la desviación de rentas¹⁶, y ha hecho un esbozo de la pérdida de recursos fiscales imputable a la aludida desviación, situándola en el intervalo 100.000 a 240.000 millones de dólares anuales, esto es, entre un 4 y un 10% de la recaudación acumulada del Impuesto sobre Sociedades¹⁷.

La opinión pública, alertada eficazmente por sectores del cuarto poder, ha percibido que el fenómeno BEPS vendría a poner en peligro el correcto ejercicio de la acción social del Estado, cuya bien conocida relación con la libertad y la democracia¹⁸ situaría la conjura del referido riesgo en el campo de la protección de valores políticos ampliamente compartidos y respetados. Tal vez por ello, la dimensión cuantitativa del fenómeno BEPS, aun siendo importante, no guarde relación de proporcionalidad con su talla política.

La reacción de las autoridades políticas, que en algunos casos ha revestido tintes de fuerte tonalidad retórica¹⁹ o de esoterismo jurídico-positivo²⁰, se ha plasmado, esencialmente, en

¹³ DE LA DEHESA, G.: *La primera gran crisis del siglo XXI. Orígenes, detonantes, efectos, respuestas y remedios*, Alianza editorial, 2009, pág. 193 y ss.

¹⁴ *Oxfam, Tax Justice Network, Global Alliance for Tax Justice, entre otras.*

¹⁵ PIKETTY, T.: *Le capital au XXI siècle* (capítulos 14 y 5), Seuil, 2014. STIGLITZ, J.: *El precio de la desigualdad*, Taurus, 2012, pág. 339 y ss.

¹⁶ *Action 11. Measuring and Monitoring BEPS.*

¹⁷ Supuesta una distribución uniforme de la variable defraudación por desviación irregular de beneficios, la pérdida anual de recaudación correspondiente al Impuesto sobre Sociedades español, se movería en el intervalo 800 a 2.000 millones de euros.

¹⁸ FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: «Thomas Paine y la Seguridad Social», RE. *Derecho del Trabajo*, 2007.

¹⁹ *Starbucks, Google and Amazon grilled over tax avoidance (BBC News, 12 de noviembre de 2012)*. En el curso de la comparecencia de los responsables de dichas entidades un diputada británica espetó «We are not accusing you of being illegal» said Mrs Hodge, «we are accusing you of being immoral», *The Telegraph*, 12 de noviembre de 2012. Mrs. Hodge declaró, en términos puramente técnicos, que «One of our concerns is that the ability of global companies to choose where they put their costs and their profits gives them an unfair tax advantage that damages UK-based businesses».

²⁰ RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *El impuesto británico sobre beneficios desviados (Diverted Profit Tax)*, CT, 2014.

el proyecto BEPS y en el Plan de Acción de la UE, del que la directiva antiabuso es un fruto destacado.

Sin embargo, antes de la Gran Recesión de 2008, la literatura fiscal ya había venido advirtiendo de las dificultades que se cernían sobre la tributación de los beneficios y de las rentas del capital. En este sentido, VITO TANZI identificó hasta ocho circunstancias que podrían operar, de no ser convenientemente abordadas por las autoridades, a modo de termitas fiscales: comercio y transacciones electrónicas, dinero electrónico, desplazamiento de beneficios por medio de precios de transferencia, centros financieros *off-shore* y paraísos fiscales, derivados y fondos cerrados, movilidad del capital, regímenes fiscales de exención para cuentas de no residentes y adquisiciones exteriores por individuos de alta capacidad²¹.

Buena parte de estas circunstancias, aunque no todas, han hallado respuesta y encauzamiento en el proyecto BEPS así como en el Plan de Acción de la UE, pero estas dos iniciativas, que en parte no desdeñable se han concretado en la actualización o intensificación de proyectos en curso, han cobrado su impulso no tanto del objetivo técnico de enderezar los pretendidos desperfectos de la arquitectura fiscal internacional, como de la necesidad imperiosa de satisfacer las demandas de la opinión pública²².

La efectividad de las medidas propuestas, algunas de ellas ya adoptadas, está por ver.

1.3. LOS NUEVOS ELEMENTOS DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL SOBRE LOS BENEFICIOS DE LAS EMPRESAS

Antes de la irrupción de la Gran Recesión de 2008, la globalización había acentuado el contraste entre la condición nacional de las normas tributarias y el rango transnacional de las operaciones de las empresas multinacionales. La toma de conciencia de esa realidad por parte de Estados y organizaciones internacionales había venido propiciando la entrada en el escenario de la fiscalidad internacional de un conjunto de iniciativas, ya unilaterales o derivadas del consenso multilateral, algunas de ellas traducidas en normas positivas, enderezadas a suplir las distorsiones derivadas de dicho contraste, de manera tal que en los últimos cinco lustros, ampliamente hablando, el escenario de la fiscalidad internacional se ha ido enriqueciendo con nuevos elementos.

El proyecto BEPS y el Plan de Acción de la Comisión y, por ende, la directiva antiabuso forman parte, muy destacada, de ese cortejo de nuevos elementos.

²¹ BRAITHWAITE, J.: «A good century for tax? Globalization, redistribution and tax avoidance», *Public Policy Research*, 2005.

²² DIJSELBLOEM, J.: «Mi mensaje a esas empresas es que están en la batalla equivocada. Tienen que adaptarse. Los tiempos están cambiando... Tienen que pagar sus impuestos de manera justa. Una parte en EE. UU., una parte en Europa. Prepárense para hacerlo...», *Expansión*, 12 de septiembre de 2016.

1.3.1. Breve descripción de los nuevos elementos del escenario de la fiscalidad internacional

Una breve descripción de los más relevantes podría ser la siguiente:

- Acrecentamiento de la transparencia, concretada en el ensanchamiento de las obligaciones de información a cargo de las empresas multinacionales²³, y en el intercambio de información entre las autoridades fiscales, particularmente en el ámbito de la UE²⁴, pero también en el más amplio de la OCDE²⁵ y, en fin, en la calificación de las jurisdicciones como no cooperativas²⁶. La transparencia es un elemento básico de la remodelación de la fiscalidad internacional²⁷.
- Auge de la idea de cumplimiento cooperativo de las obligaciones fiscales, sobre la base de relaciones de confianza entre las administraciones fiscales y las grandes empresas, señaladamente multinacionales²⁸.
- Identificación, prohibición y desmantelamiento de los regímenes fiscales perjudiciales²⁹, mediante el impulso de la cooperación y el multilateralismo, con eventuales medidas de retorsión, bajo criterios progresivamente estrictos y, en el ámbito de la UE, control más intenso de las ayudas de Estado de naturaleza fiscal³⁰, a cuyo efecto la Comisión ha entendido que el principio de igualdad de trato en la tributación subyace al artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

²³ Documentación sobre precios de transferencia. Capítulo V de las Directrices sobre Precios de Transferencia.

²⁴ Directiva 2011/16/UE, modificada por la Directiva 2014/107, relativa al programa FACTA, la Directiva 2015/2376, relativa a los denominados *rulings*, y la Directiva 2016/881, relativa a la información país por país. Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE, en materia de información relativa al Impuesto sobre Sociedades. CARMONA FERNÁNDEZ, N.: «Intercambio automático de información fiscal (país por país) entre Estados miembros de la Unión Europea», *Carta Tributaria*, 2016.

²⁵ *Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras, hecho en Berlín el 29 de octubre de 2014. Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. Annual Reports.*

²⁶ *OECD Secretary-General Report to G20 Finance Ministers (July, 2016)*. Según el CFA, las jurisdicciones fiscales son evaluadas, a efectos de la consideración como cooperativas o no cooperativas, en base a tres criterios: implementación del intercambio de información sobre requerimiento (*eoir*), implementación del intercambio automático de información (*aeoi*) ratificación de la Convención multilateral sobre asistencia mutua administrativa en materias fiscales.

²⁷ PISTONE, P.: «La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho Tributario Global», *REDF*, 2016.

²⁸ Programa OCDE. BRAITHWAITE (ed.), *Taxing Democracy: Understanding Tax Avoidance and Evasion*, Ashgate, 2003.

²⁹ GARCÍA-HERRERA, C.: *Tax Rulings. Fiscalidad y Globalización*.

³⁰ *Commission Notice on the notion of State Aid as referred to in Article 107*. DG Competition –Internal Working Paper–Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016.

Europea (TFUE), el cual sería aplicable por causa de la existencia de una ventaja fiscal derivada de un acuerdo con la jurisdicción fiscal competente³¹.

- Aparición de una nueva noción, denominada planificación fiscal agresiva, para acotar ciertas conductas o estrategias fiscales que se consideran reprochables³².
- Obligación o estímulo, para que las empresas multinacionales revelen sus estrategias fiscales, señaladamente agresivas³³.
- Refinamiento de los criterios de aplicación del principio de libre competencia, en cuanto estándar fundamental de la fiscalidad internacional sobre los beneficios, mediante la revisión y actualización de las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE.
- Intensificación de la limitación en la aplicación de los beneficios de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, sobre la base de la identificación del beneficiario efectivo o el endurecimiento de los requisitos para disfrutar de su aplicación, en la línea definida por la denominada cláusula LBO.
- Nuevas normas antiabuso y reforzamiento de las existentes, ya materializadas en reformas legislativas nacionales o en propuestas normativas o recomendaciones de las organizaciones internacionales.

Estos relativamente nuevos elementos se han insertado en el sistema de la fiscalidad internacional sobre los beneficios, estructurado en torno a los principios de empresa separada y libre competencia propios del modelo puesto en pie por la OCDE mediante el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición y las Directrices sobre Precios de Transferencia, sin alterar sus líneas maestras.

En efecto, esas líneas maestras solo se verían afectadas en el caso de que prosperasen las propuestas de modificación radical de la tributación sobre los beneficios de las empresas en el contexto internacional lo que, hasta el momento, no ha tenido lugar³⁴.

Con todo, la importancia de los nuevos elementos no debería ser menospreciada pues, no en vano, en relación con los mismos se ha acuñado, doctrinalmente, el concepto de Derecho Tributario Global, integrado, básicamente, por los elementos derivados del proyecto de transparencia fiscal global y los del proyecto de lucha contra la erosión de bases imponibles y el traslado de

³¹ MARTÍN JIMÉNEZ, A.: *Ayudas de estado: EE. UU. y las decisiones de la Comisión sobre 'tax rulings' / amortización del fondo de comercio financiero en el IS español*

³² European Commission *Recommendation of 6 Dec. 2012 on aggressive tax planning* [COM(2012) 8806 final].

³³ *Report on tax ruling and other measures similar in nature or effect* [2015/2066(INI), 5 Nov. 2015. OECD]. *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, OECD 2011.

³⁴ RAVI-YONAH, R. S.: «Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation», *WTJ*, 2010.

beneficios, cuyas fuentes de producción principales serían la OCDE y la UE, y cuyo efecto básico sería limitar la soberanía fiscal de los Estados en aras de la consecución de una coordinación de los sistemas fiscales nacionales, que se enfocarían hacia un estándar global de competencia fiscal internacional transparente, del que se derivaría un mejor cumplimiento de las obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes multinacionales³⁵.

1.3.2. Problemas derivados de los nuevos elementos del escenario de la fiscalidad internacional

Ahora bien, si la mejora de la transparencia es incontestablemente positiva en todos los ámbitos públicos o de interés general³⁶, y puede ser considerada como un valioso fruto de la cooperación internacional en materia fiscal y financiera³⁷, aun cuando en ciertos casos haya podido venir acompañada de ribetes populistas, manifestados en sorprendentes apelaciones por parte de ciertas instancias de la UE a la ciudadanía en cuanto supuesta guardiana de la correcta tributación de las empresas multinacionales³⁸, algunos de los restantes elementos arrojan ciertas interrogantes. Así, entre otras, las siguientes:

- ¿Son, por esencia, tan complejas las operaciones de las empresas multinacionales como para no poder subsumirlas sin dificultades en las normas fiscales vigentes, señaladamente del Impuesto sobre Sociedades?

Es conveniente distinguir entre la complejidad de las normas tributarias, señaladamente las que versan sobre los beneficios de las empresas, y la complejidad de las operaciones que realizan las empresas multinacionales, aun cuando las dos estén relacionadas. Las autoridades políticas pueden esforzarse en aminorar la primera³⁹, pero la segunda es inherente a ciertas operaciones propias del tráfico transnacional, aunque, en ocasiones sea, precisamente, la consecuencia de la pretensión de alcanzar una ventaja fiscal.

La complejidad, en las dos acepciones, es nociva en cuanto dificulta el correcto cumplimiento de las normas fiscales, sometiendo a los contribuyentes, en el caso que nos ocupa a los grupos multinacionales, a graves incertidumbres respecto de la carga fiscal de sus operaciones e incluso al riesgo de sanciones, y a las administraciones fiscales al riesgo de no percibir los ingresos que legalmente les corresponden.

³⁵ PISTONE, P.: «La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho Tributario Global», *REDF*, 2016.

³⁶ *Fair Taxation: The Commission sets out next steps to increase tax transparency and tackle tax abuse* (5 de julio de 2016).

³⁷ *Declaración de Berlín sobre transparencia e imparcialidad en material tributaria. Declaración pronunciada con ocasión de la firma del nuevo estándar global para el intercambio automático de información del contribuyente, el 29 de octubre, durante el Foro Global celebrado en Berlín.*

³⁸ LÓPEZ RIBAS, S.: «Información Fiscal Pública país por país: siete datos para la transparencia», *CT*, julio 2016.

³⁹ «Office of Tax Simplification». *Documents*. HRMC.

La envergadura de las empresas multinacionales, la multiplicidad de mercados en los que operan, la pluralidad de normas fiscales a las que están sujetas, la interrelación entre los aspectos financieros y económicos de su operatoria y la desagregación de sus funciones, riesgos y activos entre entidades jurídicas residentes en jurisdicciones fiscales diferentes han dado curso a la idea de la presencia de una complejidad irrefrenable.

La complejidad es una variable cualitativa. No es posible medir la complejidad, pero sí es posible hacerse una idea objetiva de su presencia a través de los conflictos tributarios en los que las empresas multinacionales se han visto involucradas en los últimos tiempos.

La complejidad y la correlativa dificultad en la aplicación de la norma tributaria no se presentan de forma generalizada e indiscriminada. Así, en el Impuesto sobre Sociedades afectan, básicamente, a los dominios del resultado financiero y de las operaciones de carácter vinculado. En el primero, se ubican las normas concernientes a la eliminación de la doble imposición de dividendos y plusvalías de cartera, cuya evolución en nuestro sistema fiscal ya da idea de su complejidad⁴⁰, las concernientes a la deducción de los intereses y, en fin, a los derivados especulativos, y en el segundo, las que disciplinan la aplicación del principio de libre competencia.

La aceptación generalizada e indiscriminada de la complejidad, a modo de característica inexorable de las normas que configuran el núcleo de la imposición sobre el beneficio de las empresas, podría alumbrar una suerte de excusa respecto del deficiente cumplimiento de las obligaciones fiscales a favor de las grandes empresas, señaladamente en el campo de las operaciones transfronterizas, y, en particular, constituir cobertura impostada en relación con las operaciones carentes de sustancia económica que no buscan sino ventajas fiscales opuestas al espíritu y finalidad de la norma, las cuales, por otra parte, suelen arrojar graves dificultades de comprensión.

Una visión focalizada de la complejidad, tanto de las normas como de las operaciones, ofrece un balance más idóneo. En tal caso, lo pertinente sería consagrar recursos a la simplificación normativa en esos ámbitos, antes de dar por sentado que es tarea imposible.

Las reiteradas protestas de simplificación que los sucesivos legisladores fiscales han insertado en las correspondientes leyes de reforma fiscal, y sus pocos frutos, cuando no retrocesos, han desacreditado la tarea de simplificación, la cual, por otra parte, en cuanto determinante de un bien público, halla pocos apoyos y no pocos obstáculos.

- ¿Es el cumplimiento cooperativo de las obligaciones fiscales el remedio a los vicios derivados de la supuesta complejidad normativa?

⁴⁰ SIMÓN YARZA, M. E.: *La exención de dividendos y plusvalías para corregir la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades* (capítulo primero), Lex Nova, 2016.

Esta cuestión está relacionada con la anterior. El cumplimiento cooperativo de las obligaciones fiscales, propugnado por la OCDE⁴¹, y bastante extendido, con mayor o menor intensidad, entre las jurisdicciones fiscales más activas⁴², entre ellas la española⁴³, invita a una respuesta positiva⁴⁴.

El modelo de cumplimiento cooperativo fiscal es un caso particular del modelo de control del cumplimiento de la normativa administrativa conocido como *regulación sensible*, en el cual los controladores o inspectores, partiendo de la idea del virtuosismo de las empresas, ofrecen medidas de cooperación, de manera tal que se alienta y se ayuda a quienes están dispuestos a cumplir voluntariamente, esto es, a los denominados ciudadanos políticos, frente a los calculadores amoraes o incompetentes⁴⁵.

Ahora bien, sin desconocer las virtudes que todo modelo de cooperación implica, tampoco deberían pasarse por alto los riesgos que este tipo de relación tributaria presenta respecto de los principios de igualdad y legalidad⁴⁶. En efecto, en la medida en que el cumplimiento cooperativo esté restringido a las grandes empresas, la igualdad se tambalea, y en la medida en que la relación cooperativa margine los procedimientos legalmente establecidos lo hace la legalidad.

⁴¹ *La relación cooperativa: Un marco de referencia. De la relación cooperativa al cumplimiento cooperativo* (OCDE, 2013).

⁴² CALDERÓN CARRERO, J. M.: «El nuevo modelo de Control del Cumplimiento Tributario de los Grandes Contribuyentes: las últimas medidas propuestas por la HMRC y su potencial impacto en España», *EY*, 2015.

⁴³ *Código de buenas prácticas tributarias. Foro de Grandes Empresas*. Se articula sobre el establecimiento de una relación de compromisos recíprocos, de manera tal que las empresas suscriptoras ajustarán su actuación fiscal a la *transparencia, buena fe y cooperación con la Agencia Tributaria*, y la Agencia Tributaria a la *transparencia y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación de las normas tributarias*, con el objetivo de que las relaciones entre aquellas empresas y la Agencia Tributaria sean *constructivas, transparentes y basadas en la mutua confianza*.

Es claro que la Agencia Tributaria debe actuar, frente a todos los contribuyentes, con transparencia y aplicar las normas tributarias, también frente a todos los contribuyentes, de acuerdo con las exigencias del principio de seguridad jurídica, y que los contribuyentes, todos los contribuyentes, están obligados al cumplimiento de las normas tributarias según su espíritu y finalidad, así como a facilitar el control de la Agencia Tributaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 de la Ley General Tributaria, como también lo es que los contribuyentes, todos los contribuyentes, tienen acceso a las consultas de carácter vinculante en orden a disipar cualquier duda que pudieran albergar, y, desde luego, a que, cuando menos en la puesta de manifiesto del expediente de comprobación, reciban información precisa sobre las regularizaciones que procedan, sin perjuicio de su reconsideración a la vista de las alegaciones.

En este sentido, el Código de buenas prácticas tributarias se limita a enfatizar, respecto de un grupo selecto de contribuyentes, lo que la legislación ya prevé, como no podría ser de otra manera, respecto de la totalidad de los contribuyentes. El énfasis es lo positivo, y lo negativo que se proyecta selectivamente.

⁴⁴ GASCÓN CATALÁN, J.: «Estrategias fiscales y marcos de control interno y de gestión de riesgos fiscales en las sociedades cotizadas: Impacto de la Ley 31/2014», *CT*, 2015.

⁴⁵ PARRADO, S.: *El Análisis de la Gestión Pública* (capítulo 5), Tirant lo Blanch, 2015.

⁴⁶ CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A.: «Introducción al modelo de cumplimiento tributario cooperativo: estudio de los trabajos de la OCDE y principales experiencias internacionales», *REDF*, 2015. Los autores ofrecen un balance de ventajas e inconvenientes.

También debería tenerse presente el muy sinuoso riesgo de la denominada captura de los controladores públicos por parte de las empresas controladas mediante la gestión cooperativa⁴⁷.

El balance del cumplimiento cooperativo podría no ser tan positivo como, *a priori*, parece dibujarse.

Por el contrario, la difusión de los criterios administrativos mediante consultas de carácter vinculante, o la conclusión de los acuerdos previos en materia de operaciones vinculadas, otorgan seguridad jurídica sin crear discriminaciones ni fricciones de legalidad pero, por encima de todo, la existencia de un control judicial riguroso en cuanto al análisis de las cuestiones que al mismo se someten y diligente en la respuesta crea el mejor entorno para una aplicación correcta de las leyes fiscales⁴⁸. Los recursos invertidos en la justicia fiscal se intuyen mucho más productivos, en orden a rebajar la conflictividad, que los aplicados al cumplimiento cooperativo, pues es la conciencia de la existencia de ese control judicial lo que más estimula la correcta aplicación de las normas fiscales, tanto por parte de los contribuyentes como de las administraciones fiscales.

- ¿Es la planificación fiscal agresiva una nueva categoría jurídica?

Esta categoría, si lo es, ha tomado cuerpo en el ámbito de los informes y documentos de las organizaciones internacionales relativos a la tributación sobre los beneficios de las empresas multinacionales para, posteriormente, pasar a los textos normativos⁴⁹. En algunos de aquellos informes y documentos se contienen párrafos descriptivos de la planificación fiscal agresiva⁵⁰ o precisiones de lo que la misma supone en el contexto del proyecto BEPS⁵¹.

⁴⁷ PARRADO, S.: *El Análisis de la Gestión Pública* (capítulo 4), Tirant lo Blanch, 2015.

⁴⁸ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Reflexiones y alternativas en torno a un modelo fiscal agotado*, Barcelona, pág. 177.

⁴⁹ Directiva (UE) 2016/881, considerando 2.

⁵⁰ *Recomendación sobre planificación fiscal agresiva [C (2012) 8806 final]: en los países de todo el mundo han considerado tradicionalmente la planificación fiscal como una práctica legítima. Con el tiempo, sin embargo, las estructuras de planificación fiscal se han vuelto cada vez más sofisticadas. Se extienden por varios territorios y, en la práctica, permiten la transferencia de los beneficios imponibles hacia países con regímenes fiscales favorables. Una de las principales características de estas prácticas es que reducen la deuda tributaria a través de mecanismos que, pese a ser estrictamente legales, son contrarios al espíritu de la ley.*

En este mismo documento, se indica que la planificación fiscal agresiva consiste en aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas. Entre sus consecuencias, cabe señalar las deducciones dobles (por ejemplo, se deduce la misma pérdida tanto en el Estado de origen como en el de residencia) y la doble no imposición (por ejemplo, la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de residencia).

⁵¹ *Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE [COM(2016)23 final]: Tal como se estableció en el plan de acción de junio de 2015,*

Tres son las características que predicen estos informes respecto de la planificación fiscal agresiva:

- La obtención de una ventaja fiscal mediante una conducta o práctica delictiva en el cumplimiento de las obligaciones fiscales amparada en la letra de la ley pero opuesta a su espíritu.
- Los actos y negocios jurídicos a través de los cuales se manifiesta esa conducta carecen de sustancia económica o sentido comercial.
- Implican, en el contexto de la fiscalidad internacional, el desplazamiento artificial de beneficios desde la jurisdicción fiscal en la que propiamente se han originado hasta aquella otra de pura conveniencia.

Pues bien, esas características son, precisamente, los ingredientes de la evasión fiscal, al menos tal y como se puede deducir de las normas antiabuso de carácter general⁵². En este sentido, la planificación fiscal agresiva no es, ciertamente, una nueva categoría sino, más bien, una modalidad de evasión fiscal caracterizada por la forma en cómo se conculca el ordenamiento fiscal de que se trate, si bien es cierto que un sector doctrinal ha realizado un esfuerzo en orden a su configuración jurídica⁵³. Sin embargo, la directiva antiabuso, a pesar de contener tres medidas que, desde la óptica del proyecto BEPS, refuerzan la lucha contra la planificación fiscal agresiva, no alude a la misma, sino que ha preferido referirse, en sus consideraciones preliminares, a la planificación fiscal abusiva o a las prácticas de elusión fiscal transfronteriza.

las empresas que se benefician del mercado único y generan beneficios deberían pagar los impuestos sobre esos beneficios en la UE, donde se desarrolle la actividad. No obstante, es evidente que algunas empresas han roto este vínculo al trasladar los beneficios de donde se generan a Estados miembros que ofrecen tipos impositivos bajos y regímenes preferenciales, y a terceros países, sin vínculos con el lugar de la actividad económica real. Algunos de los incentivos ofrecidos a determinadas empresas pueden infringir las normas sobre ayudas estatales de la UE y pueden abordarse a través del control de las ayudas estatales. La Comisión se ha mostrado activa a la hora de perseguir los asuntos en los que se han infringido estas normas. Al mismo tiempo, sin embargo, las estrategias de planificación fiscal agresiva se aprovechan con frecuencia de problemas sistémicos más amplios, tales como las discordancias existentes entre las legislaciones fiscales nacionales, así como de la actual legislación del impuesto sobre sociedades de la UE para pagar un bajo nivel de impuestos (o no pagarlos) en el lugar en el que se generaron los beneficios.

⁵² FALCÓN Y TELLA, R.: *Derecho Financiero y Tributario*, 5.ª ed., Universidad Complutense, 2016, pág. 196 y ss. RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*, Aranzadi, 2006.

⁵³ PISTONE, P.: «La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho Tributario Global», *REDF*, 2016. El autor atribuye tres notas a la planificación fiscal agresiva: 1) disfrute de la disparidad entre sistemas diversos con la finalidad de obtener una ventaja fiscal; 2) la separación entre la producción de la riqueza y el poder tributario estatal; 3) la subsistencia de una doble no imposición que los Estados no han querido conceder. Sin embargo, el propio autor apunta que *la línea de separación entre la planificación fiscal agresiva y la elusión fiscal está rodeada de un aura de incertidumbre*.

Cuestión distinta es que la opinión pública, tras la Gran Recesión de 2008, haya agudizado el reproche frente a conductas fiscales de ciertas empresas multinacionales percibidas como intolerables, por más que la regularización de las situaciones tributarias derivadas de la evasión fiscal no corresponda a la opinión pública, sino a las administraciones fiscales actuando bajo el imperio del principio de legalidad, de acuerdo con los procedimientos normativamente establecidos, y bajo el control judicial.

Así, antes y después del proyecto BEPS, toda operación que suponga una desviación de los beneficios desde el país donde efectivamente se originan hacia otro de conveniencia, mediante operaciones vinculadas, implica una vulneración del principio de libre concurrencia, generalmente recogido en las legislaciones de los países miembros de la OCDE y de otros muchos, lo que determina una irregularidad fiscal, cualquiera que fuere el instrumento empleado al efecto.

Por el contrario, la planificación fiscal, en cuanto actividad intelectual que diseña una estrategia fiscal respetuosa con el espíritu y finalidad de las normas fiscales, no ha de reputarse irregular, aunque deparase una menor tributación de la que pudiera considerarse apropiada en términos abstractos de justicia⁵⁴, por cuanto lo reprochable no es pagar una deuda tributaria que pudiera intuirse, en el plano ético, insuficiente, sino pagar una deuda tributaria que no es la que se corresponde con el espíritu y finalidad de la norma tributaria, a tenor de los hechos efectivamente habidos⁵⁵.

En este sentido, se estima que la acusación de la parlamentaria británica Hodge, antes citada, fue profundamente equivocada. En efecto, los impuestos han de pagarse a tenor de las leyes, no de la ética, si bien las leyes han de responder al principio de capacidad económica y, desde luego, deben ser cumplidas atendiendo a su espíritu y finalidad, en particular, en el caso aludido, con pleno respeto a las exigencias del principio de libre concurrencia.

Tal vez, pudiera considerarse a la planificación fiscal agresiva como una suerte de pseudocategoría que, en cierto modo, vendría a surtir el efecto de reducir el ámbito de la legitimidad de la planificación fiscal⁵⁶, al hilo de la responsabilidad social cor-

⁵⁴ MARÍN BENÍTEZ, G.: *¿Es lícita la planificación fiscal?* (capítulo 9, punto 3), Lex Nova, 2013.

⁵⁵ RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen: buena parte de los problemas de fraude a la ley tributaria son problemas de interpretación... la interpretación teleológica no es solo la más adecuada, sino que, además, es la única metodológicamente correcta*, págs. 25 y 43, capítulo I. BÁEZ MORENO, A.: *Normas Contables e Impuesto sobre Sociedades: los criterios teleológico, histórico y sistemático se configuran como medios para conocer el fin de la norma... como explica el Prof Tipke, ninguna interpretación que no se pregunte por el fin de la norma, y que tenga por resultado lo puramente gramatical o conceptual, puede entenderse completa...*, pág. 87.

⁵⁶ CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A.: «The Concept of "Aggressive Tax Planning" Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning», *Intertax*, 2016.

porativa y de los acicates reputacionales⁵⁷, pero esa función no debiera darle carta de naturaleza en el ámbito de aplicación de las normas fiscales.

La consideración de la planificación fiscal agresiva como una nueva categoría jurídica, a modo de antesala del fraude o el abuso pero sin llegar a serlo, además de traer confusión⁵⁸, precipitaría el riesgo de postergar el principio del cumplimiento de las leyes, también válido en el ámbito fiscal, de acuerdo con su espíritu y finalidad. Inversamente, también podría dar cauce a rigores extremos en el ejercicio de las funciones de control administrativo, desasistidos del pertinente soporte legal, pero alentados por el fuerte impulso que el proyecto BEPS, enfocado para combatir los perniciosos efectos de la planificación fiscal agresiva, ha dado al tradicional papel de la OCDE en el ámbito de la configuración de la fiscalidad internacional⁵⁹. Las menciones que en algunas sentencias del Tribunal Supremo se han deslizado en relación con la planificación fiscal agresiva y el proyecto BEPS alertan suficientemente⁶⁰.

- ¿Puede combinarse la relación cooperativa o cumplimiento cooperativo con la comunicación obligatoria de estrategias fiscales agresivas o abusivas?

De acuerdo con la OCDE, el objetivo principal de la comunicación obligatoria de informaciones concernientes a las estrategias fiscales *agresivas o abusivas* es identificar a los fiscalistas que promueven y a los contribuyentes que utilizan tales estrategias y, adicionalmente, disuadirles de ponerlas en práctica. En el sentir de la OCDE, este régimen de comunicación complementa los programas de cumplimiento cooperativo, por más que su objeto inmediato sea detectar los esquemas de planificación fiscal que explotan las debilidades del sistema⁶¹.

No parece lógico que una empresa que se acoja al cumplimiento fiscal cooperativo pueda, al tiempo, estar dedicando recursos a explorar y, en su caso, explotar las debilidades del sistema fiscal, de manera tal que se llegaría así a una suerte de división apriorística entre contribuyentes propicios o reacios con el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

⁵⁷ GASCÓN CATALÁN, J.: «Estrategias fiscales y marcos de control interno y de gestión de riesgos fiscales en las sociedades cotizadas: Impacto de la Ley 31/2014», *Crónica Tributaria*, 2015.

⁵⁸ MARÍN BENÍTEZ, G.: *¿Es lícita la planificación fiscal?* La autora indica que *es habitual la construcción del concepto de planificación fiscal por oposición tanto al concepto de evasión o fraude fiscal como al de lícita planificación fiscal o economía de opción...* y tras reconocer que está bastante extendida en la dogmática fiscal la distinción entre *tax evasion (fraude o evasión fiscal)*, *tax avoidance (fraude de ley o elusión fiscal)*, y *tax planning (economía de opción o lícita planificación fiscal)* postula la huida de *esta clasificación dogmática tradicional...* por i) *inexistencia de un mínimo consenso doctrinal sobre el significado y alcance de alguno de los términos de la clásica trilogía* y ii) *posibilidad de obviar el concepto de ilicitud in natura en el ordenamiento tributario...*, pág. 45.

⁵⁹ AULT, H. J.: «Reflections on the Role of the OECD in Developing International Tax Norms», *Brooklyn Journal of International Law*, 2009.

⁶⁰ TS, 9 de febrero de 2015 y 12 de febrero de 2015.

⁶¹ *Action 12. Mandatory Disclosure Rules*.

Esta división, ciertamente, podría ayudar a las administraciones fiscales a aplicar más certeramente sus recursos, siempre escasos, en la persecución del fraude fiscal, así como a corregir con prontitud las posibles deficiencias de las normas fiscales. Ahora bien, esa división se compagina muy mal con las presunciones de inocencia y de la buena fe. Todos los contribuyentes, y sus asesores, están amparados, frente al cumplimiento de las obligaciones fiscales, por tales principios, de manera tal que no parece correcto entender, *a priori*, que puedan desarrollar otra actividad que no sea la de adecuación a la letra y al espíritu de las normas correspondientes.

Cuestión distinta es que, a la vista de una operación sentenciada como fraudulenta por los tribunales o regularizada en vía administrativa con carácter de firmeza, se imponga a los restantes contribuyentes, previa publicitación oficial de la misma, la obligación de declarar a la administración fiscal correspondiente, que la han practicado. En esa categoría podrían inscribirse las denominadas *listed transaction* norteamericanas, pero no aquellas otras que, genéricamente, procuran una ventaja fiscal, cual es el caso de los *arrangements* británicos⁶².

La comunicación a las administraciones fiscales de ciertas prácticas fiscales reputadas agresivas, sin duda eficaz desde el punto de vista del conocimiento inmediato de las deficiencias normativas, podría traer el efecto opuesto de promover aquellas prácticas mediante la cobertura, precisamente, del hecho de la propia comunicación, a modo de ensayo de prueba y error⁶³, lo que podría desanimar las conductas ortodoxas consistentes en adecuar el cumplimiento de las obligaciones fiscales al espíritu y finalidad de las normas fiscales.

Por otra parte, no resulta clara la contribución que, al correcto funcionamiento del sistema tributario, aporta un régimen que, en definitiva, pretende taponar las prácticas abusivas mediante la diligente aprobación legislativa de normas antiabuso, pues sobre ser problemática la consecución de este objetivo, dicha pretensión podría entrañar un freno a la aplicación de las normas tributarias de acuerdo con su espíritu y finalidad⁶⁴.

En fin, tampoco es clara la compatibilidad de tal régimen de comunicación con los principios de buena fe y de presunción de inocencia, en la medida en que parte de

⁶² PALAO TABOADA, C.: «Examen de algunos regímenes de declaración previa de operaciones posiblemente elusivas», «Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica», *Competitividad e Impuestos*, 2016.

⁶³ HRMC Disclosure of Tax Avoidance Schemes: Guidance. En esta Guía se indica que: *On its own the disclosure of a tax arrangement has no effect on the tax position of any person who uses it. However, a disclosed tax arrangement may be rendered ineffective by Parliament, possibly with retrospective effect*, pág. 24.

⁶⁴ RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la Ley Tributaria a examen: La opción por desarrollar el sistema tributario mediante el establecimiento de nuevas normas anti-abuso lleva implícita en realidad la opción de no permitir un excesivo margen de maniobra al intérprete de la norma tributaria, lo que en última instancia, condena al Derecho Tributario al subdesarrollo jurídico-dogmático...*, pág. 110.

la hipótesis de que ciertas empresas o sus asesores se hallan involucrados en prácticas adversas al correcto cumplimiento de las obligaciones fiscales.

- ¿Han desaparecido los regímenes fiscales preferenciales determinantes de competencia fiscal perjudicial, restando en vigor solamente aquellos que privilegian ciertas actividades indisputablemente beneficiosas para el progreso material, como las de I+D+i u otras similares?

Los sucesivos informes relativos a la aplicación del Código de Conducta de la UE y al programa de la OCDE⁶⁵ han venido reflejando un moderado optimismo que hechos posteriores han venido a morigerar.

En efecto, por una parte, se ha puesto en cuestión la eficacia de la metodología empleada hasta el momento para la identificación del régimen fiscal perjudicial⁶⁶ y, por otra, se ha puesto de relieve que, bajo la capa de la promoción de actividades indisputablemente beneficiosas, como las concernientes al I+D+i, se han podido deslizar prácticas fiscales perjudiciales, de forma tal que los incentivos fiscales al I+D+i han podido ser utilizados por ciertas jurisdicciones fiscales para promover la deslocalización de actividades de investigación y desarrollo o, simplemente, para facilitar el desplazamiento de bases imponibles por motivos fiscales, lo que habría obligado a otras jurisdicciones fiscales a reacciones defensivas.

El caso del *patent box* es bien ilustrativo⁶⁷ pues, precisamente, los efectos deslocalizadores advertidos en el mismo han dado lugar al denominado enfoque del nexo, cuya finalidad es establecer una correspondencia efectiva entre el lugar de realización de la actividad determinante de la creación del activo intangible y el lugar de la residencia de la entidad que ostenta su titularidad⁶⁸.

El escepticismo sobre la efectividad de los incentivos fiscales al I+D+i, y la inquietante sospecha de que son una palanca mayúscula de la deslocalización fiscal, están reflejados en documentos del parlamento europeo⁶⁹.

⁶⁵ «The OECD'S Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report», *Promouvoir la transparence et l'échange de renseignements a des fins fiscales*, OCDE, 2010.

⁶⁶ *Consolidated Application Note. Guidance in Applying the 1998 report to preferential tax regimes* (2004, OCDE). Describe la metodología basada en los cuatro factores clave y los ocho complementarios.

⁶⁷ SCHAEUBLE, W.: «Patent box» schemes were at odds with EU rules designed to deter discriminatory tax rules....» We have to look at this practice and discuss it in Europe... «That's no European spirit. You could get the idea they are doing it just to attract companies», *Business News*, Tue Jul 9, 2013 2:59 pm BST Germany calls on EU to ban «patent box» tax breaks).

⁶⁸ *Action 5 Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*.

⁶⁹ Comisión TAXE 2. *Informe sobre resoluciones fiscales y otras medidas de naturaleza o efectos similares [2016/2038 (INI)]*: *Observa que, hasta la fecha, las casillas de patentes, conocimientos e I+D pueden no haber demostrado una elevada eficacia para la promoción de la innovación en la Unión; lamenta que, en lugar de ello, sean utilizados por*

La nueva metodología propuesta por la OCDE, basada en el enfoque del nexo⁷⁰, puede representar un obstáculo a las políticas de competición fiscal perjudicial pero, desde luego, no se trata de una solución definitiva, máxime si mediante los acuerdos previos en materia de aplicación del principio de libre competencia se da curso a ventajas fiscales cuya detección y cuantificación son, en extremo, dificultosas.

En fin, la investigación que sobre la eficacia de los incentivos fiscales al I+D+i ha sido realizada no permite sentar conclusiones definitivas, si bien la experiencia sugiere que hay sectores de la actividad económica que pivotan sobre el I+D+i, como pueden ser el farmacéutico o el de las telecomunicaciones, de manera tal que dicha actividad se realizaría aun sin el concurso del incentivo fiscal, en tanto que otros, como el comercio o las finanzas, sin perjuicio de las innovaciones y adaptaciones operativas que acometen, no dependen del I+D+i⁷¹.

Junto a los regímenes tributarios preferenciales normativamente establecidos, se han deslizado los sustentados en acuerdos entre algunas administraciones tributarias y grandes empresas multinacionales, generalmente articulados mediante una aplicación incorrecta del principio de libre competencia, cuya detección y control es en extremo difícil.

Algunas actuaciones de la Comisión en materia de ayudas de Estado, precisamente, han desvelado esta forma subrepticia de régimen preferencial. Cuestión distinta es la compatibilidad entre los efectos jurídicos de la declaración de existencia de ayuda de Estado bajo tal técnica, y los efectos propios de la aplicación del principio de libre competencia bajo el imperativo del referido principio⁷² que, recientemente, se ha intentado salvar mediante el expediente de reducir el importe a rembolsar al país que concedió la ayuda de Estado en las cantidades que reclaman otras jurisdicciones fiscales perjudicadas, de manera tal que por esta vía

parte de las empresas multinacionales para el traslado de beneficios mediante sistemas de planificación fiscal agresiva, como por ejemplo el bien conocido doble irlandés con sándwich holandés; opina que las casillas de patentes son una herramienta inadecuada e ineficaz para lograr los objetivos económicos; insiste en que la I+D se puede promover utilizando medidas políticas más amplias que promuevan la innovación a largo plazo y la investigación independiente y mediante subvenciones a las que habría que dar prioridad con respecto a las casillas de patentes...

⁷⁰ Action 5 Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance.

⁷¹ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. y CÁMARA BARROSO, C.: *Estudio sobre la articulación del régimen fiscal de las spin-off* (IEF, doc 2/2014). Los autores efectúan una conclusión, y formulan una propuesta, en los siguientes términos: *Tantos años de estímulos fiscales a las inversiones en I+D+i en el Impuesto sobre Sociedades no han tenido un resultado destacable en la necesaria reestructuración de la estructura empresarial española, no habiéndose incrementado el entramado empresarial tecnológico y científico en España. Por ello, consideramos que sería mejor intentar reconducir esta problemática hacia la configuración de un régimen fiscal especial dentro de dicho Impuesto para las spin-off. No se trata solo de invertir en ciencia o tecnología, sino de crear empresas innovadoras desde un punto de vista tecnológico.*

⁷² *The European Commission's recent state aid investigations of transfer pricing rulings*, US Treasury.

se podría coadyuvar a la consecución del objetivo de alinear la generación de los beneficios con los derechos de imposición⁷³.

Con todas las dificultades que puedan atisbarse, la ayuda de Estado puede ser un potente instrumento para neutralizar el otorgamiento subrepticio de regímenes fiscales preferenciales canalizados a través de acuerdos administrativos inconsistentes con el principio de libre competencia⁷⁴.

- ¿Será eficaz la aprobación de nuevas normas antiabuso y el reforzamiento de las preexistentes en orden a lograr el objetivo de alinear el lugar de la creación de valor con la jurisdicción fiscal competente para recaudar?

Se trata de una cuestión clave pues, en definitiva, una respuesta negativa implicaría reconocer la falta de aptitud del vigente sistema de tributación internacional sobre los beneficios. La respuesta a la misma requiere un análisis de la directiva antiabuso, puesto en relación con las medidas de corte similar propugnadas por la OCDE. A ello se dedica la segunda parte de la presente colaboración.

1.3.3. Algunas conclusiones preliminares

Véase, por tanto, que son bastantes las sombras que se ciernen sobre una parte de los nuevos elementos del escenario de la fiscalidad internacional sobre los beneficios, y no solo en relación con su eficacia, sino respecto de su concordancia con los principios jurídicos básicos de la imposición.

La principal cuestión que suscita el proyecto BEPS es si ha desencadenado una auténtica transformación radical alumbrando nuevos criterios orientadores de la estructura de la fiscalidad internacional sobre los beneficios o, por el contrario, si se ha limitado a insuflar vitalidad a los viejos criterios⁷⁵ y, en este segundo caso, si ha procurado o procurará mejoras efectivas y significativas en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, señaladamente de las empresas multinacionales o, por el contrario, si tales mejoras no se producirán por cuanto, simplemente, se ha limitado a apuntalar una estructura decadente, de la que ha llegado a afirmarse, no solo por algunos sectores doctrinales, sino también por la propia UE, que no es apropiada en el tiempo de la globalización⁷⁶. Y, en fin, si acaso siendo así, desvelar el tejido de los intereses que arropa ese presunto conservadurismo.

⁷³ *Statement by Commissioner Vestager on state aid decision that Ireland's tax benefits for Apple were illegal.*

⁷⁴ VESTAGER, M.: *The EU State aid rules: working together for fair competition*, 2016.

⁷⁵ SERRANO ANTÓN, F.: «La influencia del Plan de Acción BEPS en la tributación española: el impacto en la normativa, incremento de litigiosidad y papel de los tribunales», *RCyT. CEF*, núm. 391, octubre 2015.

⁷⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento. *Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales.*

El asunto no es baladí, por cuanto tanto la OCDE como la UE, aun siendo formidables instrumentos de la cooperación internacional y del multilateralismo, no dejan de estar transidas por unas ciertas relaciones de poder y de intereses e imponen unas reglas del juego de las que los gobiernos y parlamentos nacionales apenas pueden apartarse⁷⁷, de manera tal que condicionan la producción de las normas fiscales jurídico-positivas, y de ahí el riesgo del denominado *colonialismo jurídico*⁷⁸.

Tal vez lo que esté aconteciendo sea que el modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades, proyectado sobre un plano internacional globalizado, no sea capaz de procurar una tributación justa, neutral, cierta y distribuida equitativamente entre las diversas jurisdicciones fiscales.

La literatura fiscal de las dos últimas décadas sugiere que el modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades sufre una crisis que se despliega en una triple vertiente⁷⁹:

- La carencia de neutralidad frente a las fuentes de financiación.
- La deficiente integración con la tributación sobre las rentas del capital
- La débil resistencia frente a las maniobras de desplazamiento artificial de beneficios entre jurisdicciones fiscales.

En cierto modo, todo el proyecto BEPS de la OCDE y los trabajos concordantes de la UE no son sino la reacción, compelida por la opinión pública, frente a la tercera vertiente de la crisis del modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades, cuya íntima relación con las otras dos es bien evidente.

Las normas actuales en materia de fiscalidad de las empresas ya no se ajustan al contexto moderno. Los ingresos de las empresas se gravan a escala nacional, pero el entorno económico se ha hecho más globalizado, móvil y digital. Los modelos de actividad y las estructuras de las empresas se han vuelto más complejos, con lo que es más fácil trasladar beneficios. Esto ha hecho más difícil determinar qué país se supone que debe gravar la renta de una empresa multinacional (párrafo introductorio)... Las normas en materia de precios de transferencia están encaminadas a garantizar que el precio de las operaciones intragrupo corresponda a un precio de mercado comparable y que los beneficios se distribuyan de forma equitativa entre los países en que opera una empresa multinacional. Sin embargo, es evidente que el actual sistema de precios de transferencia ya no funciona de forma eficaz en la economía moderna. Tanto las empresas como las administraciones fiscales consideran que el sistema actual es complejo. Además, el sistema puede ser manipulado por las empresas para trasladar beneficios a territorios fiscales de un nivel de imposición bajo o nulo.

⁷⁷ CRUZ AMORÓS, M.: «Impuesto sobre Sociedades: Imposición Internacional», obra colectiva *Opciones para una reforma del sistema tributario español*, dirigida por Julio VIÑUELA DÍAZ, Fundación Ramón Areces, 2014.

⁷⁸ PISTONE, P.: «La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho Tributario Global», *REDF*, 2016: *el cuarto y último desafío es el de la legitimidad global de la coordinación fiscal internacional... este es, posiblemente, el desafío más importante para evitar que la deseable lucha contra la planificación fiscal agresiva no acabe por convertirse en un instrumento con el que algunos Estados imponen sus dinámicas y políticas al resto del mundo, sin que haya una participación igualitaria para determinar el contenido del nuevo orden tributario global.*

⁷⁹ ALBI, E.: «The Challenges of Corporate Income Taxes in a Globalised World (2010)», *Reforma Fiscal*, págs. 120 a 123.

Sin embargo, entre los trabajos del proyecto BEPS, no se encuentra una reflexión sobre la idoneidad del modelo tradicional de Impuesto sobre Sociedades y la eventual pertinencia de otros alternativos, siendo así que, de una parte, la literatura especializada ha venido llamando la atención sobre esta cuestión⁸⁰, y de otra, que el proyecto de la UE sobre una base imponible común consolidada europea implica, de por sí, un desafío, siquiera sea parcial, a dicho modelo. Sucede, sin embargo, que existen modelos alternativos al denominado tradicional que, por su propia textura, resistirían más eficazmente el fenómeno BEPS.

La ausencia de este debate en el proyecto BEPS, tal vez comprensible por razones de táctica política, lo ha empobrecido.

2. LA RELACIÓN ENTRE LAS INICIATIVAS DE LA OCDE Y DE LA UE

En las consideraciones preliminares de la propuesta de directiva antiabuso, se decía que *las directivas de la UE deben ser, en su caso, el mejor medio para poner en práctica las conclusiones BEPS de la OCDE a escala de la UE.*

No todas las materias contenidas en los 15 informes finales del proyecto BEPS⁸¹ han tenido acomodo en la directiva antiabuso, al tiempo que esta última aborda materias no contenidas en dichos informes, por más que la zona de intersección sea notable. Todavía es más amplia esa zona si se consideran los conjuntos de materias contenidos en los 15 informes del proyecto BEPS y en el denominado paquete antievasión de la UE. Un breve análisis de la correspondencia entre los elementos de dichos conjuntos es pertinente a los efectos de precisar el papel que desempeña, en el ámbito de la fiscalidad internacional, la directiva antiabuso.

⁸⁰ CERIONI, L.: *The Quest for a New Corporation Taxation Model and for an Effective Fight against International Tax Avoidance within the EU* (Intertax 2016). CRUZ PADIAL, I.: «Modelos de tributación de los beneficios empresariales», RCyT. CEF, núm. 400, julio 2016.

⁸¹ *Action 1. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy.*
Action 2. Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements.
Action 3. Designing Effective Controlled Foreign Company Rules.
Action 4. Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments.
Action 5. Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance.
Action 6. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances.
Action 7. Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status.
Action 8-10. Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation.
Action 11. Measuring and Monitoring BEPS.
Action 12. Mandatory Disclosure Rules.
Action 13. Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting.
Action 14. Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective.
Action 15. Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.

2.1. CRITERIOS PARA ANALIZAR LA CORRESPONDENCIA ENTRE EL PROYECTO BEPS Y EL PAQUETE ANTIELUSIÓN UE

Para efectuar el análisis de la correspondencia entre los 15 informes del proyecto BEPS y las medidas del paquete antielusión de la UE ha de atenderse, de una parte, a la materia afectada, y de otra, al valor político y jurídico de los actos de las referidas organizaciones internacionales.

Por razón de materia, cabe distinguir entre las medidas concernientes a la configuración del hecho imponible o a su valoración, básicamente del Impuesto sobre Sociedades, y aquellas otras que implican la introducción de mayores dosis de transparencia. Las primeras deparan un mayor impacto sobre la estructura del modelo de tributación, en tanto que las segundas, aun careciendo de un efecto estructural, influyen, a veces poderosamente, sobre los comportamientos de los contribuyentes.

Por su valor político, los informes BEPS, si bien todos ellos pertenecen a la categoría jurídica de las recomendaciones⁸², pueden clasificarse en tres grupos, a saber, los estándares mínimos, las metodologías comunes y las directrices basadas en las mejores prácticas⁸³.

Los estándares mínimos tienen auténtico valor político, por cuanto los países de la OCDE han asumido el compromiso de incorporarlos a sus respectivos ordenamientos tributarios, en tanto que las metodologías comunes y las directrices basadas en las mejores prácticas, solamente tienen un cierto valor técnico o, a lo sumo, representan una exhortación autorizada para la más idónea configuración de los sistemas fiscales en orden a dar consistencia a la tributación de los beneficios en el plano internacional, si bien respecto de las metodologías comunes se tiene la esperanza de que, tras un proceso más o menos largo de aceptación por los respectivos países, puedan llegar a convertirse en estándares mínimos.

El efecto político de los estándares mínimos se manifiesta en el acuerdo de los países de la OCDE y del G20 para someterse a un seguimiento selectivo respecto de su adopción y aplicación. Por otra parte, tendrán valor interpretativo respecto de las normas nacionales que hayan sido aprobadas en atención a los mismos. Sin embargo, más allá de ese valor interpretativo, no parece que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia⁸⁴. Y el valor político inferior de

⁸² Convención de la OCDE, París, 14 de diciembre de 1960. Artículo V:

Con el fin de alcanzar sus objetivos la organización puede:

- a) *Tomar decisiones que, salvo dispuesto de otra forma, serán obligatorias para todos los miembros.*
- b) *Hacer recomendaciones a los miembros.*
- c) *Concluir acuerdos con sus miembros, con Estados no miembros y con organizaciones internacionales.*

⁸³ *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Nota. Informes finales de 2015.*

⁸⁴ SERRANO ANTÓN, F.: «La influencia del Plan de Acción BEPS en la tributación española: el impacto en la normativa, incremento de litigiosidad y papel de los tribunales», *RCyT*. CEF, núm. 391, octubre 2015.

las directrices basadas en las mejores prácticas se entrevé en ciertos párrafos de los informes relativos a las mismas que hacen hincapié en la ausencia de un compromiso político para su establecimiento⁸⁵, cuyo sentido contrario ilumina, igualmente, la tonalidad del valor político de los estándares mínimos.

Las directivas comunitarias, como es bien sabido, obligan jurídicamente a los Estados miembros a adoptar las medidas normativas precisas para su transposición al ordenamiento interno. Tienen, por tanto, valor político, pero también fuerza jurídica manifestada, esencialmente, en el control por parte del Tribunal de Justicia a través del recurso de incumplimiento, de la que carecen los estándares mínimos de la OCDE.

En fin, las recomendaciones de la Comisión explicitan su criterio sobre las medidas más idóneas a adoptar por los Estados miembros, pero no son vinculantes para los mismos.

Es claro que las medidas con valor político, esto es, estándares mínimos de la OCDE y directivas de la UE, son las auténticamente relevantes desde la perspectiva de la transformación de la realidad de la fiscalidad internacional, en cuanto están llamadas a concretarse en normas fiscales jurídico-positivas, aun cuando pueda postularse que el conjunto de todas las medidas esté configurando una suerte de gobernanza fiscal internacional⁸⁶.

2.2. LA MATRIZ DE LAS RELACIONES ENTRE EL PROYECTO BEPS Y EL PAQUETE ANTIELUSIÓN DE LA UE

Seguidamente se sintetizan las relaciones básicas entre los 15 informes finales del proyecto BEPS y el paquete antievasión de la UE, debidamente clasificadas en razón a su valor político o político-jurídico y al elemento tributario afectado⁸⁷.

Dicha síntesis, que será meramente enunciativa en el caso de las materias afectadas por la directiva antiabuso, ya que serán tratadas más extensamente en la segunda parte de la presente colaboración, permitirá, adicionalmente, bosquejar hasta qué punto la acción de la OCDE ha producido, o no, un cambio apreciable en el sistema de tributación internacional sobre los beneficios.

⁸⁵ *Acción 12. Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva: las recomendaciones incluidas en el informe no constituyen un estándar básico, por lo que los distintos países pueden decidir libremente si introducir o no regímenes de declaración obligatoria.*

⁸⁶ GRINBERG, I.: *Breaking BEPS: The New International Tax Diplomacy*, Georgetown University Law Center, 2015.

⁸⁷ PATÓN GARCÍA, G.: «Reforma Fiscal Post-Beps: Una apuesta por la superación de los retos en la ejecución», RCyT. CEF, núm. 399, junio 2016. Clasifica las materias de BEPS en sustantivas y procedimentales.

2.2.1. Estándares mínimos nuevos

De acuerdo con los criterios de la OCDE, son estándares mínimos nuevos las medidas contra el *treaty shopping*, el informe país por país, la lucha contra las prácticas perniciosas, y la mejora en la resolución de conflictos.

2.2.1.1. Medidas relativas al *treaty shopping* (Acción 6)

La finalidad de las mismas es evitar el denominado *treaty shopping*, esto es, la utilización de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición por quien no tiene derecho, para obtener una ventaja fiscal.

A estos efectos se proponen tres medidas.

En primer lugar, los convenios deben incluir una declaración en virtud de la cual las partes se comprometen a evitar situaciones que entrañen riesgo de doble imposición o de imposición excesivamente reducida derivada de prácticas abusivas.

En segundo lugar, los convenios contendrán una cláusula específica de limitación de los beneficios que en el mismo se establecen a las personas que lo merezcan en virtud de criterios sustanciales (cláusula LBO).

En tercer lugar, se introducirá una cláusula general antiabuso basada en el test del propósito principal (cláusula PPT), la cual está destinada, básicamente, a frustrar formas de uso abusivo de los convenios no cubiertas por la cláusula LBO.

Por su parte, la Comisión ha formulado una recomendación a los Estados miembros, concerniente a la aplicación de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, basada en el test del propósito principal⁸⁸.

Estas medidas no afectan al hecho imponible de la tributación sobre los beneficios, pero dificultan el desplazamiento artificioso de los beneficios gravables hacia jurisdicciones de conveniencia.

2.2.1.2. El informe país por país (Acción 13)

La información país por país obliga a las empresas multinacionales a revelar información sobre ingresos, beneficios, impuestos sobre los mismos y otras magnitudes económicas, en relación con cada jurisdicción fiscal en la que operan.

⁸⁸ [C(2016)271 final], de 28 de enero de 2016.

La propuesta de modificación de la Directiva 2011/16/UE, relativa al intercambio de información⁸⁹, aprobada mediante la Directiva 2016/881, ha incorporado al ámbito de la UE la información país por país⁹⁰.

Estas medidas se refieren, exclusivamente, a obligaciones tributarias formales de información y, aun cuando, obviamente, no versan sobre el hecho imponible o su valoración, podrían tener un potente efecto disuasorio respecto de las operaciones de desplazamiento artificial de bases imponibles hacia jurisdicciones fiscales de conveniencia pues, en definitiva, tal información ofrecerá indicaciones respecto de si existen, o no, distorsiones entre el lugar de la generación de la renta según la sustancia económica y la creación de valor y su distribución entre jurisdicciones fiscales⁹¹.

Para ello es necesario que esta obligación de información se cumplimente correctamente, y que la jurisdicción fiscal competente para recibir la información, esto es, aquella en la que reside la entidad dominante del grupo, efectúe el control pertinente. Obviamente se abre así, en potencia, la puerta a una suerte de competencia fiscal subrepticia basada en la benevolencia controladora de determinadas autoridades fiscales, que estaría alimentada por las mismas estrategias que alentaron los denominados *ruling* constitutivos de ayudas de Estado⁹².

Con todo, la importancia de esta medida en orden a la consecución de los objetivos del proyecto BEPS ha sido precozmente intuida por la doctrina⁹³.

2.2.1.3. La lucha contra las prácticas tributarias perniciosas (Acción 5)

Consiste, básicamente, en la adopción del enfoque de actividad sustancial, hecho efectivo a través del denominado mecanismo del nexo, a los efectos de examinar y detectar la existencia de un régimen fiscal preferencial perjudicial. Este enfoque, cuya primera aplicación práctica se ha

⁸⁹ [COM(2016) 25 final].

⁹⁰ CARMONA FERNÁNDEZ, N.: «Intercambio automático de información fiscal (país por país) entre Estados miembros de la Unión Europea», *Carta Tributaria*, 2016.

⁹¹ MARTIN HEES: CFE Forum 2016: *Rebuilding International Taxation-How to Square the Circle*.

⁹² Belgian Excess Profit. Commissioner Margrethe Vestager, in charge of competition policy, stated: «Belgium has given a select number of multinationals substantial tax advantages that break EU state aid rules. It distorts competition on the merits by putting smaller competitors who are not multinational on an unequal footing. There are many legal ways for EU countries to subsidise investment and many good reasons to invest in the EU. However, if a country gives certain multinationals illegal tax benefits that allow them to avoid paying taxes on the majority of their actual profits, it seriously harms fair competition in the EU, ultimately at the expense of EU citizens».

⁹³ MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿El final, el principio del final o el final del principio?», *QF*, enero 2014.

proyectado sobre el denominado *patent box*, es más exigente que el basado en los denominados cuatro factores clave y los ocho complementarios⁹⁴.

Por su parte, la UE ha desplegado, en este ámbito, el segundo bloque de medidas del Plan de Acción de la UE⁹⁵.

Tampoco estas medidas afectan a la obligación tributaria material de manera directa, esto es, al hecho imponible o a su valoración, aunque indirectamente pueden contribuir a su mejor cumplimiento, en cuanto procuran una mayor contención respecto del establecimiento y mantenimiento de regímenes tributarios privilegiados y, por ende, minoran las oportunidades de desviación de beneficios.

Sin embargo, este nuevo enfoque, al igual que el precedente, no afecta a la competición fiscal a través del descenso del tipo de gravamen. Ahora bien, precisamente, en los estudios concernientes al proyecto de la base imponible común consolidada europea, se puso de relieve la potencia deslocalizadora de los descensos agresivos del tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades⁹⁶, de manera tal que el anuncio del descenso del tipo de gravamen efectuado por el Reino Unido plantea un desafío importante por cuanto estimulará las operaciones de deslocalización por motivos fiscales, tanto artificiosas como reales⁹⁷.

2.2.1.4. La mejora de la resolución de conflictos (Acción 14)

Se trata de medidas para hacer más efectivos los mecanismos de resolución de conflictos, en particular, para reforzar la eficacia del procedimiento amistoso del artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE.

En fin, estas medidas tratan de evitar el exceso de imposición derivado de una regularización fiscal fundamentada en la aplicación del principio de libre competencia, o de una interpretación dispar de las normas fiscales aplicables a operaciones transfronterizas.

⁹⁴ *The OECD'S Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report. Consolidated Application Note. Guidance in Applying the 1998 report to preferential tax regimes* (2004, OCDE).

⁹⁵ *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo. Un justo y eficiente sistema de tributación de las sociedades en la Unión Europea. 5 áreas claves para la acción*. La Acción 2 persigue asegurar que los beneficios tributen donde se generan, vinculando los regímenes privilegiados al lugar de la creación de valor.

⁹⁶ *Company Taxation in the Internal Market*, 2001.

⁹⁷ On 19 July 2016, the Chancellor of the Exchequer reminded Members of Parliament of the announcement at Budget for 2016-17 to reduce the main rate of corporation tax to 17% (see United Kingdom-6, News 16 March 2016). He made no reference to his predecessor's remarks that the rate should be further reduced to 15% to mitigate the consequences of the leave vote (see United Kingdom-2, News 5 July 2016). But he assured that he «will not just be looking at headline rates» and that he will also consider «the marginal effective rates of corporate tax for investors in the UK» in order to target more investment, more jobs and the creation of more wealth in the UK.

Nótese que las medidas que propugna el proyecto BEPS, *pueden provocar cierta inseguridad jurídica y que si no se toman medidas, podrían incrementar en el corto plazo los casos de doble imposición y de conflictos sujetos a procedimiento amistoso*⁹⁸.

Están relacionadas con el Convenio de Arbitraje de la UE⁹⁹.

2.2.2. Estándares mínimos preexistentes

De acuerdo con la OCDE, son estándares mínimos preexistentes, sometidos a una actualización y mejora, los cambios en la definición de establecimiento permanente y los cambios en las directrices de precios de transferencia.

2.2.2.1. La definición de establecimiento permanente (Acción 7)

Establece los cambios a realizar en el artículo 5 del Modelo de convenio, concerniente a la definición de establecimiento permanente, y en los comentarios correspondientes, con la finalidad de hacer frente a las estrategias empleadas para esquivar el nexo fiscal, mediante el reemplazo de los distribuidores por mecanismos de comisionistas y estrategias similares, la utilización impropia de las excepciones, la fragmentación de actividades entre partes estrechamente relacionadas y, en fin, el fraccionamiento de contratos.

Tanto las modificaciones del artículo 5 del Modelo de convenio como los comentarios correspondientes no implican *como finalidad directa la reforma de los estándares internacionales vigentes sobre la atribución del derecho a gravar las rentas transfronterizas*¹⁰⁰. Por tanto, el punto de conexión o nexo fiscal continúa descansando sobre la existencia de un lugar fijo de negocios o de un agente dependiente.

Los cambios que se introducen en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 5 del Modelo de convenio no implican modificación alguna en las líneas maestras que configuran la existencia de un establecimiento permanente. Los cambios tratan de hacer frente a operaciones irregulares detectadas por las administraciones tributarias.

⁹⁸ Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales de 2015. Resúmenes. Nota explicativa.

⁹⁹ Convenio de 21 de julio de 1990. Código de conducta revisado para la aplicación efectiva del Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (2009/C 322/01).

Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa.

¹⁰⁰ Acción 7, apartado 3 de la introducción.

Ahora bien, toda estrategia de fraude o evasión fiscal puede ser combatida mediante las normas generales antiabuso, y los nuevos textos así como los correspondientes comentarios, aun cuando tengan naturaleza prospectiva¹⁰¹, no debieran cerrar el paso a la aplicación de aquellas, por más que este extremo no quede suficientemente reflejado en el texto de la Acción 7.

La UE no labora en este campo, más allá de la exhortación contenida en la recomendación de la Comisión relativa a medidas contra el abuso en los tratados, anteriormente mencionada.

2.2.2.2. *La renovación de las Directrices sobre Precios de Transferencia en orden a la aplicación del principio de libre competencia (Acciones 8-10)*

Lo primero que debe destacarse es que se respeta la adhesión al principio de libre competencia, de manera tal que, en consecuencia, *se han alcanzado las metas que se había prefijado el Plan de Acción BEPS en relación con el desarrollo de normas para la determinación de los precios de transferencia sin necesidad de adoptar medidas especiales fuera del principio de plena competencia*¹⁰². No obstante, se anuncia que *se llevará a cabo trabajo adicional sobre métodos de reparto de beneficios y operaciones financieras*. Estos trabajos, sin embargo, no tienen por qué apartarse, ni lo harán, del principio de libre competencia, máxime si la adhesión al mismo se entiende cumplida con una declaración puramente voluntarista¹⁰³, por más que algunos expertos ya hayan expresado sus dudas sobre el particular¹⁰⁴.

La Acción 8 se concreta en la revisión del capítulo VI de las Directrices sobre Precios de Transferencia, consagrado a los activos intangibles. La nueva redacción, estructurada en cuatro apartados, enfatiza que *la titularidad jurídica de los intangibles no genera necesariamente, por sí sola, el derecho a percibir la totalidad (ni tan siquiera una parte) de los beneficios emanados de la explotación de los mismos*, saliendo así al paso de las distribuciones arbitrarias de la renta generada por los intangibles entre las entidades del grupo de empresas, de manera tal que *las entidades del grupo que desarrollen funciones importantes, aporten gran parte de los activos y controlen los riesgos económicamente relevantes, de acuerdo con la delineación de la transacción efectivamente realizada, tendrán derecho a una remuneración proporcional al valor de sus contribuciones*¹⁰⁵.

¹⁰¹ Acción 7, apartado 4 de la introducción.

¹⁰² *Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Informes finales 2015. Resúmenes*, pág. 35.

¹⁰³ *BEPS Actions 8-10. Revised Guidance on Profit Splits. Public Discussion Draft*, apartados 12 y 44.

¹⁰⁴ STORCK; PETRUZZI; PANKIV y ROMERO TAVARES: «Global Transfer Pricing Conference "Transfer Pricing in a Post-Beps World"», *ITPJ*, 2016. Véanse comentarios a la sesión primera: *An Overview of Emerging International Standards*.

¹⁰⁵ *Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Informes finales 2015. Resúmenes*, pág. 33.

Bien se comprende que lo relevante no es la proclamación de esos objetivos, sino los medios que se ofrecen para alcanzarlos. Y es aquí donde, con toda crudeza, se revela lo que podríamos denominar, con cierta exageración de finalidad puramente didáctica, la tragedia de la aplicación práctica del principio de libre competencia.

En efecto, construida tal aplicación sobre la base de un análisis de comparabilidad con las operaciones concertadas entre terceros independientes, previamente pasadas por el tamiz de los riesgos, funciones y activos involucrados, el texto del nuevo capítulo VI está empedrado de advertencias sobre las dificultades que tal ejercicio comporta. Se habla así de un *reto importante* derivado de *la falta de comparabilidad entre las operaciones relacionadas con intangibles emprendidas entre empresas asociadas y aquellas que pueden identificarse entre empresas independientes*, así como de *la falta de comparabilidad entre los intangibles en cuestión*, o se indica que *los intangibles pueden tener características especiales que compliquen la búsqueda de comparables y, en algunos casos, dificulten la determinación de los precios en el momento de celebrarse la operación*, siendo posible, por otra parte, *que por motivos empresariales totalmente legítimos... las empresas estructuren una operación que involucre intangibles de una forma diferente a la que contemplan empresas independientes* y, en fin, se afirma palmariamente que *debe reconocerse que puede que, en muchos casos que involucren intangibles, sea difícil o imposible identificar comparables fiables*, de forma tal que *en situaciones en las que no puedan identificarse operaciones no vinculadas comparables*, acaba por admitirse el uso de *técnicas de valoración para estimar el precio de plena competencia de los intangibles transferidos entre empresas asociadas... a modo de herramienta que puede ser aplicada de forma útil para identificar el precio de plena competencia*, eso sí, proclamando que las técnicas de valoración deben ser aplicadas *de forma consistente con el principio de plena competencia*, aun a sabiendas de que *las estimaciones de valores basadas en estas técnicas pueden ser volátiles*, ya que *las pequeñas variaciones en una u otra de las hipótesis subyacentes en el modelo de valoración o en uno o varios de los parámetros de valoración pueden conducir a grandes diferencias en el valor del intangible que arroje el modelo*.

Estas advertencias no desmerecen la labor realizada por la OCDE en la nueva redacción del capítulo VI. La metodología de valoración que en el mismo se despliega en torno a los conceptos de desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación del activo intangible encierra evidente utilidad. Es posible atisbar, a la luz de la misma, y tomando en consideración las dificultades de encontrar comparables externos, que el método de distribución del beneficio habrá de jugar un relevante papel, máxime si se toma en consideración la naturaleza altamente integrada de las actividades económicas desplegadas por las entidades de los grupos multinacionales¹⁰⁶.

Ahora bien, es lo cierto que la división del beneficio combinado difícilmente se podrá realizar, en la práctica, en función de comparables tomados de transacciones entre partes independientes debiendo, en su lugar, acudir a la asunción de que las partes independientes hubieran realizado

¹⁰⁶ STORCK; PETRUZZI; PANKIV y ROMERO TAVARES: «Global Transfer Pricing Conference "Transfer Pricing in a Post-Beps World"», *ITPJ*, 2016. Véanse comentarios a la sesión 3: *Transfer Pricing Aspects of Intangibles*.

tal división en función del valor de sus respectivas aportaciones a la operación en común¹⁰⁷. Aun admitiendo que esa asunción respete el principio de libre concurrencia, no se escapan las graves dificultades, tanto para los contribuyentes como para las administraciones fiscales, en orden a establecer y controlar, respectivamente, en cada caso, los factores que posibiliten esa división.

La Acción 9 versa sobre el análisis del riesgo asumido en las operaciones entre partes vinculadas.

La asociación entre riesgo y beneficio había llevado, según la OCDE, a algunos grupos multinacionales a efectuar reasignaciones de riesgos impostadas, mediante fórmulas contractuales *ad hoc*. La OCDE, ofrece un reforzamiento del análisis de los riesgos, y ha precisado *que los riesgos asumidos contractualmente por una parte que no tiene la capacidad, en la práctica, de ejercer un control específico y significativo sobre los riesgos, o que carece de capacidad financiera para asumir tales riesgos, serán atribuidos a la parte que ejerza efectivamente dicho control y que disponga de capacidad financiera suficiente para asumir los riesgos en cuestión*¹⁰⁸, en línea con la preferencia del fondo o sustancia sobre la forma, dando así prioridad a la causa del contrato.

La Acción 10 aborda las operaciones carentes de lógica comercial, la utilización de métodos impropios de precios de transferencia con la finalidad de desviar beneficios y los servicios de apoyo a la gestión o gastos de administración repercutidos, todo ello con la finalidad de *garantizar que los resultados están en línea con la creación de valor*.

La Acción 9 y la Acción 10 se concretan, básicamente, en la revisión de la Sección D del capítulo I de las Directrices sobre Precios de Transferencia.

El análisis del riesgo que comporta la operación vinculada es un elemento esencial del análisis funcional. La OCDE propone, a tal efecto, un método detallado¹⁰⁹. Seguramente, buena parte de las operaciones entre partes vinculadas diseñadas a efectos puramente fiscales, y carentes de realidad económica, sucumbirán ante el análisis del riesgo. Ya la antigua redacción de las Directrices permitía llegar a esta conclusión, si bien, básicamente, mediante el análisis de las operaciones realmente efectuadas, en cuya virtud podían ser ignoradas (*disregarding*) aquellas en las que se apreciaba una divergencia entre fondo y forma y aquellas otras que no son concebibles entre partes independientes¹¹⁰. La nueva redacción abunda en esta línea, puesto que *la operación definida con precisión puede ignorarse y, en su caso, sustituirse por otra operación alternativa cuando los acuerdos alcanzados en relación con la operación, considerados en su totalidad, difieren de los que habrían adoptado empresas independientes comportándose con lógica comercial en circunstancias comparables*¹¹¹.

¹⁰⁷ *Revised Guidance on Profit Split. Sección C.4.4 Public Discussion Draft. OCDE.*

¹⁰⁸ *Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Informes finales 2015. Resúmenes*, pág. 33.

¹⁰⁹ *Directrices sobre Precios de Transferencia*, véase apartado 1.60 del capítulo I.

¹¹⁰ *Directrices sobre Precios de Transferencia*, apartado 1.65, texto de 2010.

¹¹¹ *Directrices sobre Precios de Transferencia*, apartado 1.122, texto vigente.

Nada nuevo o, tal vez sí, por cuanto se acentúan las llamadas a la prudencia y moderación de las administraciones fiscales en el ejercicio de la competencia de desconsideración¹¹².

También forman parte de las Acciones 8 a 10, las pautas adicionales al capítulo II, relativo a la metodología para determinar los precios de transferencia, consecuentes con la revisión del capítulo VI y las adiciones al mismo, concernientes a materias primas, la revisión del Capítulo VII, dedicado a los servicios de bajo valor añadido, así como la del capítulo VIII, dedicado a los acuerdos de reparto de costes.

Con fecha de 23 de mayo de 2016, el Consejo de la OCDE aprobaba la modificación de las Directrices de Precios de Transferencia para incorporar los productos de las Acciones 8-10¹¹³.

Una parte de la doctrina ha saludado la referida modificación, que indudablemente versa sobre la valoración del hecho imponible, como el inicio de una nueva era para la fiscalidad internacional y los precios de transferencia en particular¹¹⁴.

¹¹² *Directrices sobre Precios de Transferencia*, apartado 1.123, texto vigente.

¹¹³ La correspondiente nota de la OCDE explicaba los cambios de la siguiente manera: *On 23 May 2016, the OECD Council approved the amendments to the Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations («Transfer Pricing Guidelines»), as set out in the 2015 BEPS Report on Actions 8-10 «Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation» and the 2015 BEPS Report on Action 13 «Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting». These amendments provide further clarity and legal certainty about the status of the BEPS changes to the Transfer Pricing Guidelines, which were endorsed by the Council on 1 October 2015, by the G20 Finance Ministers on 8 October 2015, and by the G20 Leaders on 15-16 November 2015.*

The amendments approved by the Council translate these BEPS transfer pricing measures into the Transfer Pricing Guidelines, as well as into the Recommendation of the Council on the Determination of Transfer Pricing Between Associated Enterprises [C(95)126/FINAL], which now contains a reference in the Preamble to these BEPS Reports. Given the way in which the Transfer Pricing Guidelines are integrated into the domestic law of certain countries, including by direct reference to the Guidelines themselves, this update process further clarifies the status of the BEPS changes to the Transfer Pricing Guidelines.

The specific changes introduced in the Transfer Pricing Guidelines by these Reports are as follows:

The current provisions of Chapter I, Section D of the Transfer Pricing Guidelines are deleted in their entirety and replaced by new guidance.

Paragraphs are added to Chapter II of the Transfer Pricing Guidelines, immediately following paragraph 2.16.

A new paragraph is inserted following paragraph 2.9.

The current provisions of Chapter V of the Transfer Pricing Guidelines are deleted in their entirety and replaced by new guidance and annexes.

The current provisions of Chapter VI of the Transfer Pricing Guidelines and the annex to this Chapter are deleted in their entirety and replaced by new guidance and annex.

The current provisions of Chapter VII of the Transfer Pricing Guidelines are deleted in their entirety and replaced by new guidance.

The current provisions of Chapter VIII of the Transfer Pricing Guidelines are deleted in their entirety and replaced by new guidance.

¹¹⁴ STORCK; PETRUZZI; PANKIV Y ROMERO TAVARES: «Global Transfer Pricing Conference "Transfer Pricing in a Post-Beps World"», *ITPJ*, 2016.

A la vista de lo expuesto, esta afirmación parece bastante exagerada.

Los productos precedentes están relacionados con el segundo bloque de medidas del Plan de Acción de la UE que consisten, básicamente, en una función de seguimiento y adaptación de los trabajos de la OCDE al ámbito europeo¹¹⁵. Por tanto, el campo de acción de la UE es bastante limitado, y parece lógico que así sea, habida cuenta de la proyección global de las operaciones vinculadas.

Por otra parte, el Foro sobre Precios de Transferencia de la UE¹¹⁶, de acuerdo con su mandato, ha producido un conjunto de informes relativos a la aplicación uniforme de criterios en materia de precios de transferencia, con el objetivo de remover obstáculos para la realización de actividades económicas transfronterizas¹¹⁷, por tanto, sin una preocupación específica por el desplazamiento irregular de los beneficios en el seno de grupos de empresas multinacionales aunque, desde luego, no en contradicción con el proyecto BEPS¹¹⁸.

2.2.3. Metodologías comunes

De acuerdo con la OCDE, son metodologías comunes las recomendaciones concernientes al tratamiento de los productos y entidades híbridas, y las relativas a la limitación a la deducción de intereses.

¹¹⁵ *Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo. Un justo y eficiente sistema de tributación de las sociedades en la Unión Europea. 5 áreas claves para la acción.: El proyecto BEPS de la OCDE presenta directrices en caminadas a ajustar los precios de transferencia en función de la creación de valor. Sin embargo, estas directrices serán bastante amplias, para reflejar las necesidades del conjunto de miembros de la OCDE y el G20. Por lo tanto, la Comisión empezará a trabajar con los Estados miembros y las empresas para, sobre la base de estas normas, desarrollar una aplicación coordinada y más concreta dentro de la UE que refleje la realidad económica del mercado único. Por ejemplo, las propuestas recientes de la OCDE y de la UE destinadas a aumentar la transparencia facilitarán nueva información que podría ayudar a las administraciones fiscales a detectar las transacciones intragrupo que requieren más investigación. La Comisión ofrecerá orientación y propondrá herramientas concretas sobre la forma en que las administraciones fiscales podrían utilizar mejor esta información.*

¹¹⁶ Decisión de la Comisión 2015/C28/05. Artículo 2. Cometidos del Foro: a) crear un espacio en el que los expertos de las empresas, la sociedad civil y las administraciones fiscales nacionales puedan debatir sobre los problemas relacionados con los precios de transferencia, que obstaculizan las actividades empresariales transfronterizas en la Unión; b) asesorar a la Comisión en las cuestiones fiscales relacionadas con los precios de transferencia; c) ayudar a la Comisión a hallar soluciones prácticas, compatibles con las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributaria.

¹¹⁷ *Joint Transfer Pricing Forum. Achievements. Taxation and Customs. European Commission.* TRAPÉ VILADOMAT, M.: «El Foro sobre Precios de Transferencia de la Unión Europea», ICE, 2005. GOLMAYO ALONSO, L.: «El Foro de precios de transferencia de la Unión Europea. Trabajos en curso y expectativas. Posición española», IEF, 2007.

¹¹⁸ *Comunicación de la Comisión COM (2015) 315 final: La labor del FCPT guarda coherencia con las acciones previstas en el Plan de Acción BEPS. Los respectivos informes sobre ajustes secundarios, gestión del riesgo en materia de precios de transferencia y ajustes compensatorios abordan tareas clave identificadas por la Comisión al establecer el FCPT y contempladas en el plan de acción BEPS...*

2.2.3.1. *Tratamiento de los productos financieros híbridos (Acción 2)*

Establece un conjunto de reglas para evitar situaciones en las que un gasto no tiene la contrapartida de un ingreso en otra jurisdicción fiscal o en las que un mismo gasto es imputado en dos jurisdicciones fiscales. La regla principal apunta a la no deducción del gasto, pero en caso de no aplicarse por la jurisdicción fiscal correspondiente, otra regla secundaria apunta al cómputo del ingreso o a la restricción del gasto duplicado.

El artículo 9 de la directiva antiabuso regula esta materia, con la misma finalidad y criterios similares, pero no idénticos.

2.2.3.2. *Limitación a la deducción de intereses (Acción 4)*

Propone un ratio fijo sobre el ebitda y, adicionalmente, pero de manera facultativa, un ratio sobre la estructura financiera del grupo de empresas, a modo de cláusula de escape.

El artículo 4 de la directiva antiabuso de la UE regula la materia de manera semejante.

La deducción de los gastos financieros afecta al núcleo del hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades. Se trata de uno de los puntos más delicados de la arquitectura de la fiscalidad internacional sobre los beneficios. Los gastos financieros han sido en el pasado inmediato, y tal vez lo continúen siendo, el cauce más amplio para las operaciones de desviación de beneficios pero, al tiempo, son manifestación de una función empresarial fundamental como lo es la financiera. Unas mediadas toscas o ambiguas en este dominio, además de acarrear inseguridad y doble imposición, determinarán distorsiones económicas y pérdida de competitividad.

La importancia de la materia, y su íntima relación con las operaciones entre empresas asociadas, ameritaba que la misma hubiera alcanzado el rango de estándar mínimo.

2.2.4. Mejores prácticas

De acuerdo con la OCDE, son directrices basadas en las mejores prácticas la transparencia fiscal internacional y la información sobre planificación fiscal agresiva.

2.2.4.1. *Transparencia fiscal internacional (Acción 3)*

Expone los rasgos básicos de la transparencia fiscal internacional. Dedicar particular atención a las rentas afectas.

Se relaciona con los artículos 7 y 8 de la directiva antiabuso.

Aun cuando relegada al escalón inferior de las mejores prácticas, debe llamarse la atención acerca de que la OCDE haya propuesto la transparencia fiscal internacional como un remedio só-

lido contra las operaciones de desviación de beneficios cuando, anteriormente, solamente había logrado, frente a la oposición de un puñado de países, apuntalar su compatibilidad con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

2.2.4.2. Información sobre planificación fiscal agresiva (Acción 12)

Establece un marco de las mejores prácticas en orden a la declaración obligatoria de estructuras de planificación fiscal agresiva.

Se relaciona, tangencialmente, con los trabajos de la plataforma sobre buena gobernanza fiscal de la UE, habida cuenta de que la misma pretende fomentar un debate sobre la planificación fiscal agresiva¹¹⁹.

2.2.5. Otros aspectos

Algunas de las acciones precedentes requieren la modificación de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición. Para hacerla eficaz, se prevé abrir a la firma un instrumento multilateral (Acción 15).

En este punto, la UE no ha adoptado iniciativa alguna, más allá de recabar el criterio de expertos en el contexto del proyecto CCCTB¹²⁰.

En fin, la economía digital implica nuevos riesgos, sin que exista una línea de demarcación con la economía en su conjunto (Acción 1). En este aspecto cabe señalar los informes del Grupo de expertos en economía digital de la UE.

2.3. MATERIAS ABORDADAS POR LA OCDE Y POR LA UE, Y SU DISTINTO VALOR

El ejercicio precedente pone de relieve el alto grado de coincidencia entre el proyecto BEPS y las iniciativas de la UE, pero también ciertas diferencias. Una sucinta recapitulación de dicho ejercicio destacaría tres perspectivas:

¹¹⁹ Decisión de la Comisión de 17 de junio de 2015, por la que se establece el grupo de expertos de la Comisión «Plataforma sobre la Buena Gobernanza Fiscal, la Planificación Fiscal Agresiva y la Doble Imposición» y se sustituye la Decisión C(2013) 2236. Son funciones, entre otras, de la Plataforma: *a) fomentar el debate entre los expertos procedentes del sector empresarial, la sociedad civil y las autoridades fiscales nacionales en torno a cuestiones referentes a la buena gobernanza en el ámbito fiscal, la planificación fiscal agresiva y la doble imposición; b) proporcionar a la Comisión información pertinente para determinar las prioridades en los ámbitos señalados en la letra a) y seleccionar los medios... e instrumentos adecuados con vistas a progresar en ellos.*

¹²⁰ *Impact of European law on double taxation conventions concluded between Member States and with third states. Meeting of a group of experts in Brussels on 5 July 2005.*

En primer lugar, el distinto campo de materias reguladas. Así, son materias abordadas por la directiva antiabuso, pero no por el proyecto BEPS, la cláusula antiabuso general, la denominada cláusula de inversión (desaparecida en el curso de los debates del Consejo) y la tributación de salida.

Y son materias no abordadas o escasamente abordadas por la UE, entre otras de menor significado, pero sí comprendidas en el proyecto BEPS, los precios de transferencia, la delimitación del establecimiento permanente y las cláusulas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición. Otras materias tales como la contención de la competencia fiscal perjudicial o la revelación de ciertas estrategias fiscales, aunque no incluidas en la directiva antiabuso, sí son objeto de los trabajos, tanto de la UE como de la OCDE.

En segundo lugar, el distinto valor político y jurídico de los productos de una y otra organización internacional constituye un elemento diferenciador de importancia capital. Así, todos los productos de la OCDE que no tengan la consideración de estándares mínimos no tendrán por qué ser adoptados por aquellos países que no lo deseen y, además, la adopción de los estándares mínimos no estará sujeta a control judicial, en tanto que los productos de la UE inscritos en la directiva antiabuso necesariamente deberán ser transpuestos al ordenamiento jurídico interno, bajo control del Tribunal de Justicia.

Desde esta perspectiva, parece que los Estados miembros de la UE han ganado grados de coordinación y perdido grados de libertad en la configuración del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, la directiva antiabuso contiene una regulación de carácter mínimo que, por tanto, puede ser rebasada por los Estados miembros y que, por otra parte, se expresa en términos de principios antes que en normas precisas, excepto por lo que se refiere a las asimetrías híbridas, lo que rebaja bastante su fuerza unificadora¹²¹.

En fin, una tercera perspectiva del ejercicio de comparación que se viene desarrollando descansa en la fuerza de las diferentes medidas en orden al objetivo de situar la renta en la entidad que realiza la actividad económica de la que deriva y que, por tanto, ha creado valor. En este punto, se estima que el principio de libre competencia es la pieza central. Interpretado y aplicado en su máxima extensión, el principio de libre competencia da respuesta a muchos de los desafíos planteados por las prácticas fiscales determinantes de desplazamientos artificiosos de beneficios. Adicionalmente, la correcta delimitación del establecimiento permanente. Una transparencia fiscal internacional muy exigente podría también ocupar un puesto preeminente pero, como se verá en la segunda parte de esta colaboración, no ha sido el caso.

Por tanto, sin dejar de reconocer la importancia de las materias reguladas por la directiva antiabuso, es lo cierto que, en cuanto muñidora de los estándares mínimos concernientes al principio de libre competencia y a la definición de los establecimientos permanentes, la iniciativa de la

¹²¹ CALDERÓN CARRERO, J. M.: *La aprobación por el Ecofin de la Directiva UE frente a la elusión fiscal del Impuesto sobre Sociedades*.

OCDE ha superado a la de la UE en relación con el objetivo de evitar el desplazamiento artificioso de bases imponibles por motivos fiscales. En este sentido, cabe llamar la atención de que el informe del Parlamento europeo proponía la inclusión de preceptos relativos a las materias aludidas¹²².

3. OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA ANTIABUSO

De acuerdo con las declaraciones contenidas en las consideraciones preliminares de la directiva, sus objetivos son los siguientes¹²³:

- Evitar el desplazamiento irregular de beneficios entre entidades del mismo grupo multinacional, en línea con el proyecto BEPS.
- Garantizar que ese objetivo se realizará de manera que no surjan perturbaciones derivadas de implementaciones heterogéneas.
- Procurar que se corrijan los eventuales supuestos de doble imposición.
- Salvaguardar la aplicación del principio de libre competencia.

3.1. ALINEAR LA CREACIÓN DE VALOR CON LOS DERECHOS DE IMPOSICIÓN, DE ACUERDO CON EL PROYECTO BEPS

En las consideraciones preliminares de la directiva antiabuso se dice que *las prioridades políticas actuales en materia de fiscalidad internacional ponen de relieve la necesidad de garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor*. Esta misma idea se desliza, machaconamente, en los textos que conforman el proyecto BEPS. Así, en la introducción de la *Nota explicativa* del proyecto BEPS se dice que se debe *asegurar que los beneficios queden gravados allá donde tienen lugar las actividades económicas y se añade valor*.

Para lograr tal objetivo es preciso establecer unas normas que definan la relación entre actividad económica y territorio sobre el que ejerce soberanía cada jurisdicción fiscal. Ciertamente, estas normas no las encontramos en la directiva antiabuso.

¹²² Informe sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, de 27 de mayo de 2016 [COM(2016)0026 –C8-0031/2016– 2016/0011(CNS)]. Enmiendas números 51 y 52, incluyendo, respectivamente, los artículos 4 bis, definición de establecimiento permanente y 4 ter, beneficios de los establecimientos permanentes, y enmienda 64, precios de transferencia.

¹²³ LÓPEZ RIBAS, S.: «Directiva contra las prácticas de elusión fiscal», *Carta Tributaria*, 2016.

Estas normas están plasmada en la legislación interna y en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, señaladamente, por lo que hace a la tributación de los beneficios, y tomando como referencia el Modelo de Convenio de la OCDE, en los artículos 5, 7 y 9. Así, el vínculo entre el territorio de cada jurisdicción fiscal y la renta derivada de la realización de actividades económicas se establece en función de los criterios rectores de la residencia fiscal y de la configuración de un lugar de negocios o establecimiento permanente, de manera tal que sobre la renta obtenida por las entidades residentes en una determinada jurisdicción o por los establecimientos permanentes ubicados en la misma, podrá esta ejercitar derechos de imposición.

Bien se comprende que este esquema, que podríamos denominar de territorialización del beneficio¹²⁴, en sí mismo correcto, ofrece notables debilidades prácticas, entre otras, las siguientes:

- La determinación formalista de la residencia, así como la dificultad de precisar la sede de dirección efectiva en la era de las telecomunicaciones.
- La imputación arbitraria de operaciones entre las entidades del mismo grupo mercantil.
- La ubicación arbitraria de activos intangibles y financieros entre las entidades del mismo grupo mercantil.
- La dificultad de identificación de los signos externos de la presencia de un establecimiento permanente en el contexto de la economía global y digitalizada¹²⁵.
- La facilidad de desplazar beneficios a través de precios de transferencia inconsistentes con el valor de mercado, cánones por la utilización supuesta de intangibles, intereses distribuidos arbitrariamente intragrupo, comunicación de pérdidas intragrupo, operaciones intragrupo carentes de lógica comercial y, en fin, operaciones intragrupo constitutivas de instrumentos financieros derivados.

El proyecto BEPS, en última instancia, no representa sino un meritorio esfuerzo para, valga el juego de palabras, debilitar estas debilidades, y lo propio hace la directiva antiabuso. Con todo, algunas importantes parcelas como son las concernientes a los instrumentos financieros derivados¹²⁶, a las pérdidas inherentes a deterioros habidos en instrumentos de patrimonio, a la comunicación de pérdidas entre sociedades del mismo grupo fiscal¹²⁷ y, en fin, a la configuración de

¹²⁴ CRUZ AMORÓS, M.: «Impuesto sobre Sociedades: Imposición Internacional», obra colectiva *Opciones para una reforma del sistema tributario español*, dirigida por Julio VIÑUELA DÍAZ.

¹²⁵ Véase, para un caso relevante sustanciado ante los tribunales españoles, TEAC (15 de marzo de 2012); AN (8 de junio de 2015); TS (20 de junio de 2016).

¹²⁶ La Pianificazione Fiscale Aggressiva basata sulla Copertura al Netto delle Imposte, OCDE, 2013.

¹²⁷ *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OCDE, 2011.

ingresos exentos asociados a gastos, no han sido tratadas ni por la OCDE ni por la UE, por más que las mismas puedan inscribirse, sin dificultad, en el ámbito del traslado artificial de beneficios, y el límite porcentual a la deducción de gastos financieros sobre una base de cálculo despojada de ingresos exentos pueda surtir un efecto sanador de carácter general.

La directiva antiabuso pone la consecución de ese objetivo al servicio de otros de mayor rango, a saber, *restablecer la confianza en la equidad de los sistemas fiscales y permitir a los gobiernos ejercer de forma eficaz su potestad tributaria*, respecto de los que indica, seguramente con notable exageración, que se trata de *nuevos objetivos políticos*.

En la exposición de motivos del texto original de la propuesta de directiva antiabuso se indicaba que la propuesta de directiva *surge a raíz de la finalización del proyecto de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios... del G20 y la OCDE y responde a la demanda del Parlamento Europeo, de varios Estados miembros, de las empresas y la sociedad civil, y de algunos socios internacionales de reforzar y dotar de mayor coherencia al enfoque de la UE en materia de lucha contra el fraude del impuesto sobre sociedades*. Esta misma idea se recoge en los considerandos preliminares de la directiva, recordándose que los informes finales BEPS *fueron acogidos con satisfacción por el Consejo en sus conclusiones de 8 de diciembre de 2015...*

Por tanto, la directiva antiabuso coincide con el proyecto BEPS en el objetivo de frustrar o impedir las estrategias de desplazamiento artificial de beneficios entre las entidades pertenecientes al mismo grupo multinacional, de manera tal que se garantice que los beneficios tributen ante la jurisdicción fiscal donde reside la entidad que realmente los ha obtenido¹²⁸.

Siendo esto así, podría no percibirse la necesidad de la iniciativa comunitaria, pues es de esperar que los Estados miembros, en cuanto lo son también de la OCDE, implementen las medidas necesarias para dar efectividad al contenido de los informes BEPS.

3.2. PROPICIAR UNA IMPLEMENTACIÓN COORDINADA DEL PROYECTO BEPS

La exposición de motivos del texto original de la propuesta de directiva antiabuso ya salió al paso de la objeción precedente, observando que *la aplicación unilateral y divergente del proyecto BEPS por parte de cada Estado miembro podría fragmentar el mercado único creando políticas nacionales enfrentadas, así como falseamientos y obstáculos fiscales para las empresas*

¹²⁸ BERT ZUIDENDORP: CFE Forum 2016: *Rebuilding International Taxation-How to Square the Circle*. Sesión primera moderada por Stella RAVENTÓS.

de la UE. Podría crear asimismo nuevas lagunas y divergencias que podrían ser aprovechadas por las empresas que tratan de eludir la tributación..., observación que se reproduce en el texto de las consideraciones preliminares de la directiva antiabuso, pues *solo un marco común puede permitir evitar la fragmentación del mercado y poner fin al falseamiento del mercado y a las asimetrías existentes en la actualidad...* lo que justificaría el obligado cumplimiento del principio de subsidiariedad¹²⁹, como así se afirma en la consideración penúltima ya que, *mediante el establecimiento de un nivel mínimo de protección del mercado interior, la presente Directiva solo pretende alcanzar un grado mínimo básico de coordinación dentro de la Unión, con el fin de materializar sus objetivos.*

El texto sugiere que la protección se establece respecto del mercado interior, de manera tal que la directiva antiabuso vendría a proteger el correcto funcionamiento del mercado interior, y de ahí que el título competencial utilizado haya sido el previsto en el artículo 115 del TFUE¹³⁰.

3.3. GARANTIZAR QUE NO SE PRODUZCAN SUPUESTOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

En la exposición de motivos del texto transaccional de la propuesta de directiva antiabuso se incorporó, adicionalmente, el objetivo, que ha sido igualmente reflejado en las consideraciones preliminares de la directiva antiabuso, de superar los supuestos de doble imposición que pudieran derivarse de la aplicación de ciertas normas contenidas en la misma, señaladamente las relativas a la transparencia fiscal internacional y a las asimetrías híbridas, de manera tal que cuando su aplicación *provoque una doble imposición, los contribuyentes deben poder beneficiarse de una deducción del impuesto pagado en otro Estado miembro o en un país tercero, según el caso.*

Encontramos normas destinadas a evitar la doble imposición internacional en la regulación de la tributación de salida y en la transparencia fiscal internacional, pero no en la restricción a la deducción de intereses, siendo así que tal restricción puede provocar doble imposición.

¹²⁹ Artículo 5.3 del TUE: *En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.*

¹³⁰ Artículo 115 del TFUE: *Sin perjuicio del artículo 114, el Consejo adoptará, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior.*

3.4. SALVAGUARDAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA

Aun cuando no se trata de un objetivo en sentido estricto, es interesante poner de relieve que en las consideraciones preliminares de la directiva antiabuso se dice que *es necesario aclarar que la aplicación de las normas contra la elusión fiscal... no debe afectar a la obligación de los contribuyentes de cumplir con el principio de plena competencia ni al derecho del Estado miembro de ajustar al alza una deuda tributaria, de conformidad con el principio de plena competencia en su caso.*

Ciertamente, ninguna de las normas de la directiva antiabuso versa directamente sobre el principio de libre competencia ni, en principio, de su aplicación puede derivarse la preterición del mismo. Sin embargo, la declaración no está exenta de interés, por cuanto subraya la preeminencia del referido principio a los efectos de regular la tributación internacional sobre los beneficios.

3.5. LA INCIDENCIA SOBRE EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Es opinable si la directiva antiabuso ha sido redactada en forma idónea para alcanzar sus objetivos¹³¹, pero sí parece claro que ha supuesto, en términos relativos, un notable ensanchamiento de la influencia de la normativa comunitaria en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

En efecto, las materias afectadas por la directiva antiabuso son de gran relevancia. Así, la restricción a la deducción de intereses versa sobre un elemento nuclear, a saber, el tratamiento del coste de uso del capital, la neutralización de las asimetrías híbridas viene a ser el reverso de la eliminación de la doble imposición económica internacional, la imposición de salida forma parte de la fiscalidad de las plusvalías y, en fin, la transparencia fiscal internacional, en su expresión más intensa, lleva al límite el modelo de tributación basado en el principio de empresa separada e independiente.

No es de extrañar, por tanto, que se haya suscitado una cierta controversia desde la perspectiva de la consideración del Impuesto sobre Sociedades como un instrumento de la política económica y de la competencia fiscal reputada legítima¹³², asunto este que ha devenido en un clásico del Impuesto sobre Sociedades¹³³.

¹³¹ CALDERÓN CARRERO, J. M.: *La aprobación por el Ecofin de la Directiva UE frente a la elusión fiscal del Impuesto sobre Sociedades.*

¹³² THEO KEIJZER: CFE Forum 2016: *Rebuilding International Taxation-How to Square the Circle.* Sesión primera moderada por Stella RAVENTÓS.

¹³³ SERRANO ANTÓN, F. y RUIBAL PEREIRA, L.: «La competencia fiscal en la Unión Europea: Código de Conducta y Ayudas de Estado». Capítulo XVIII de la obra colectiva *Armonización y cooperación fiscal en la Unión Europea, situa-*

En el estado actual de la cuestión, además de un análisis técnico o jurídico de las normas de la directiva antiabuso interesa, también, una reflexión que contribuya a ubicarlas en los trabajos de la OCDE y de la UE en el ámbito de la fiscalidad internacional sobre los beneficios de las empresas, así como espigar la incidencia que tendrán en el Impuesto sobre Sociedades español.

A esta tarea atiende la segunda parte de la presente colaboración.

ción actual y posibles líneas de reforma, dirigida por DI PRIETO y LASARTE. CHICO DE LA CÁMARA, P.: «Los límites difusos entre la competencia fiscal lesiva y beneficiosa», en *Estudios sobre Fiscalidad Internacional Comunitaria*, obra dirigida por COLLADO YURRITA y coordinada por MORENO GONZÁLEZ.

PRESENTE Y FUTURO DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES REGIONAL

Marta Melguizo Garde

*Profesora Titular de Universidad. Departamento de Economía Pública.
Universidad de Zaragoza*

EXTRACTO

El objetivo de este trabajo es analizar cuál es la incidencia de la normativa de cada comunidad autónoma de régimen común referente al impuesto sobre sucesiones y donaciones en vigor el 1 de septiembre del 2016 en términos de efectividad, recaudación potencial del tributo, progresividad y redistribución. Para ello simularemos cada regulación sobre un panel de declarantes. Lo mismo haremos con las Propuestas del Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español. La comparación de los resultados permite determinar la funcionalidad actual del tributo a la vez que contextualizar y valorar los posibles escenarios de reforma.

Palabras claves: sucesiones, donaciones, impuestos, redistribución y federalismo fiscal.

Fecha de entrada: 25-05-2016 / Fecha de aceptación: 29-06-2016 / Fecha de revisión: 31-08-2016

PRESENT AND FUTURE OF THE FEDERAL GIFT AND INHERITANCE TAX

Marta Melguizo Garde

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyse the effect of the recent reforms carried out in The Inheritance and Gift Tax of Spain by the autonomous communities. To that end, we simulate each regional tax law of 2016 over a panel of taxpayers of the last year before the tax reforms. After that we realize an empirical analysis to determine the tax incidence, the changes of the tax collections and the impact on the redistributive effects that the inheritance tax has respect to the wealth of the individuals. We do the same with the Proposal of Experts' Committee for Tax Reform. The comparison of the results obtained may establish the present functionality of the tax and contextualize and value the available schemes of reforms.

Keywords: inheritance, gifts, tax, redistribution and fiscal federalism.

Sumario

1. Introducción y aspectos metodológicos
2. Panorama de la tributación de sucesiones en 2016
3. Panorama de la tributación de donaciones en 2016
4. Propuesta de reforma del ISD por la Comisión de expertos
5. Conclusiones

Bibliografía

NOTA: La autora agradece la inestimable colaboración del profesor Miguel Angel Barberán y de la Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón en la elaboración del panel de declarantes utilizado en este trabajo, así como en el uso de la misma. Además agradece la financiación recibida del Gobierno de Aragón y el Fondo Social Europeo (Grupo de investigación de Economía Pública).

1. INTRODUCCIÓN Y ASPECTOS METODOLÓGICOS

El Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español ha puesto en el candelero la situación actual del impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD en adelante). Un impuesto cuya cesión normativa a las comunidades autónomas (CC. AA. en adelante), sobre todo a partir del año 2002, ha supuesto que, aunque la estructura básica del impuesto sea básicamente la de su aprobación en 1989, lo que se plasma en que seamos el país con mayores tipos efectivos de sucesiones según el Fondo Monetario Internacional, en la actualidad solo tributen de acuerdo a ella los parentescos más lejanos y los no residentes en países de la Unión Europea distintos de los del Espacio Económico Europeo¹. El resto de contribuyentes se beneficia de numerosos y dispares beneficios fiscales fijados por las CC. AA. que suponen, en muchos casos, cuotas a pagar nulas o muy reducidas. Pero si la tributación difiere según el territorio también lo hace de acuerdo al año de fallecimiento o donación, ya que el ISD es seguramente el tributo que más se modifica por el legislador autonómico y varía de acuerdo a los ciclos políticos y económicos². De manera que, en la actualidad, son varias las CC. AA. que han ido suprimiendo, modificando y reintroduciendo incentivos³. Por tanto la pregunta inmediata antes de abordar futuras reformas, tal y como se han planteado en la reciente campaña electoral, es concretar cuál es el presente del ISD cedido a las CC. AA.

Pero más que enumerar la profunda disparidad de medidas (tanto si atendemos al tipo de beneficio fiscal aprobado, al grado de generalidad, al tipo de transmisión, a la evolución temporal de las medidas, etc.) nuestro objetivo es valorar la incidencia de estas normas y propuestas reformadoras en términos de efectividad, recaudación potencial del tributo, progresividad y redistribución. Para lo que partiremos de la simulación de cada normativa autonómica (en vigor a 1 de septiembre de 2016) o propuesta legislativa sobre un panel de declarantes.

¹ El ISD es regulado en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre. En adelante nos referiremos a esta norma como LISD. Desde el 2002 las CC. AA. pueden fijar reducciones, las escalas de gravamen y de coeficientes multiplicadores, deducciones y bonificaciones amén de regular aspectos de gestión. Un rasgo específico de este impuesto, tanto a nivel nacional como internacional –DE PABLOS (2007) y ERNST & YOUNG (2014)– es la aplicación, para calcular la cuota tributaria, sobre la cuota íntegra del llamado coeficiente multiplicador. Este se determina en función del valor del patrimonio del adquirente según la normativa del impuesto sobre el patrimonio en la fecha del fallecimiento del cónyuge y del grado de parentesco entre las partes. En el cuadro 1 se recogen las definiciones de los grupos de parentesco definidos por el artículo 20 de la LISD.

² Para entender y valorar la normativa autonómica de cada año en los impuestos cedidos es imprescindible consultar los excelentes artículos de POZUELO ANTONI en RCyT. CEF. Y de los que incluyo en el epígrafe de bibliografía la más reciente publicada.

³ A modo de ejemplo nos referimos a Murcia y Canarias. Ambas tenían en el pasado generosas medidas para los contribuyentes I y II (deducciones del 99% o 99,9% respectivamente) que en los años duros de la crisis suprimieron para el grupo II por lo que fueron las comunidades de menor alcance reformador. En cambio para 2016 las han introducido. Canarias a su nivel anterior (siendo en la actualidad, por tanto, la comunidad más generosa) mientras que Murcia ha fijado la deducción al 50%.

Dada la carencia de datos a nivel nacional se ha decidido utilizar el panel de declarantes elaborado por BARBERÁN (2006) procedente de autoliquidaciones por este impuesto en la Comunidad de Aragón en el año 2010. Esta muestra presenta dos activos. El primero es que corresponde al último año de aplicación de la normativa estatal en Aragón por lo que no se ve influenciado por la normativa aragonesa. Y el segundo es que ha sido utilizada en los trabajos de BARBERÁN y MELGUIZO (2007, 2010) por lo que permite al lector interesado valorar el devenir normativo autonómico. Entre sus limitaciones, además de las obvias restricciones territorial y temporal, destacaremos las carencias de la información disponible, ya que básicamente solo se conoce el grupo (que no grado) de parentesco, la base imponible (que incluye, en su caso, el ajuar, los bienes adicionales y acumulados, sin descripción detallada de los mismos, etc.), la edad para los menores de 18 años y el coeficiente multiplicador utilizado de acuerdo a la regulación estatal. Por lo que algunas de las restricciones de las disposiciones autonómicas no van a poder simularse, destacando por su trascendencia las referidas a las reducciones por discapacitados y a la transmisión de empresas y negocios profesionales, seguros de vida, vivienda habitual, etc.⁴.

El trabajo se divide en cuatro apartados, además de esta introducción. Comenzaremos por el presente del impuesto analizando las medidas autonómicas aprobadas distinguiendo un epígrafe según se trate de sucesiones, el segundo, o donaciones, el tercero. El cuarto epígrafe estudia las propuestas referidas al ISD de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español. La estructura de los epígrafes anteriores será la siguiente: cuadro con las características del ISD a simular y análisis de incidencia, recaudación, progresividad y redistribución. El trabajo concluye con un epígrafe de consideraciones finales.

2. PANORAMA DE LA TRIBUTACIÓN DE SUCESIONES EN 2016

Tanto en el ámbito de las sucesiones como de las donaciones, y a nivel estatal como autonómico, las medidas de más calado se concentran en las transmisiones hereditarias a favor de los descendientes, ascendientes y cónyuges, las más comunes ya que de hecho suponen más del 85% de la muestra. Tal y como se observa en el **cuadro 1** las fórmulas empleadas en los procesos de revisión normativa han sido muy variadas. No obstante, haciendo un esfuerzo podemos agrupar a las CC. AA. en dos grandes bloques atendiendo a si discriminan o no según la riqueza de los receptores.

⁴ Tampoco se han podido simular las escalas de gravamen autonómicas aprobadas de aquellas comunidades que mantienen la estructura de 16 escalones de la norma estatal ya sea redondeando los escalones (en la Comunidad Madrid y la Valenciana) y/o aumentando los tipos marginales de los dos últimos escalones (situándolos en 31,75% y 36,5% en vez de 31,25% y 34% en el Principado de Asturias, Andalucía y Murcia). Lo mismo ha sucedido con los cambios en los umbrales de patrimonio preexistente aprobados por Cantabria, la Comunidad de Madrid y la Valenciana. Y también con Baleares que, además del cambio anterior, disminuye los coeficientes multiplicadores para los grupos III y IV salvo para los colaterales 2.º y 3.º por afinidad (una división propia del grupo III) a los que se aumenta aunque situándolos por debajo del grupo IV. Podemos apuntar que la incidencia de estas medidas atendiendo a las características de la muestra hubiera sido muy limitada tanto en sucesiones como en donaciones.

Cuadro 1. Medidas fiscales simuladas en el panel referentes a sucesiones

CC. AA.	I: Descendientes < 21 años	II: Resto descendientes, cónyuge y ascendientes	III
Ley estatal 29/1987 aplicable salvo norma autonómica	Reducción [15.956,87 + (21 - edad) 3.990,72] ≤ 47.858,59	Reducción 15.956,87	7.993,46 IV: 0
	Escala de gravamen única con 16 escalones y tipos marginales comprendidos entre 7,65 % (BL < 7.993,46) y 34 % (BL > 797.555,08). Coefficientes multiplicadores según patrimonio preexistente y parentesco. Comprendidos para grupos I y II entre 1 (el menor)-1,20 y para IV: 2-2,40 (el mayor).		
Andalucía	Reducción 100 % hasta BL = 0; si BI ≤ 175.000 y patrimonio previo ≤ 402.678,11		
Aragón	Hijo < 18 años Reducción 100 % ≤ 3.000.000		
	Reducción 100 %; cónyuge e hijos (y ascendientes); total reducciones (sin seguros de vida) ≤ 150.000; si patrimonio previo ≤ 402.678,11		
	Bonificación 65 % CT si BI ≤ 100.000, patrimonio previo ≤ 402.678,11 (en vez de los 100.000 aprobados) y cónyuge e hijos (incompatible con resto de medidas autonómicas)		
Principado de Asturias	Coefficiente multiplicador entre 0,00 (si patrimonio previo ≤ 402.678,11) y 0,04	Bonificación 100 % CT si BI ≤ 150.000 y patrimonio previo ≤ 402.678,11	
Islas Baleares	Reducción [25.000 + (21 - edad) 6.250] ≤ 50.000 Bonificación 99 % CT	Reducción 25.000	Reducción 8.000 IV: 1.000
	Escala de gravamen propia con 5 escalones y tipos marginales comprendidos entre 1 % (BL < 700.000) y 20 % (BL > 3.000.000)		
			.../...

CC. AA.	I: Descendientes < 21 años	II: Resto descendientes, cónyuge y ascendientes	III
.../...			
Canarias	Reducción del 100 % con límite según edad: < 10 años: 138.650 11-15 años: 92.150 16-18 años: 57.650 19-21 años: 40.400 Bonificación 99,9 % CT	Reducciones: Hijos: 23.125 Cónyuge 40.400 (no se puede simular) Resto (nietos, ascendientes) 18.500 Bonificación 99,9 % CT	Reducción 9.300 IV: 0
Cantabria	Reducción [50.000 + (21 - edad) 5.000]	Reducción 50.000	Reducción 8.000 IV: 0
Castilla y León	Reducción [60.000 + (21 - edad) 6.000] Reducción (incluyendo todas) ≤ 250.000	Bonificación 99 % CT Reducción 60.000	
Castilla-La Mancha	Bonificación (%) CT dependiendo de la BL: 100 % si BL < 175.000; 95 % si 175.000 ≤ BL < 225.000; 90 % si 225.000 ≤ BL < 275.000 85 % si 275.000 ≤ BL < 300.000; 80 % si BL ≥ 300.000		
Cataluña	Reducción [100.000 + (21 - edad) 12.000] ≤ 196.000	Reducción 100.000 (cónyuge e hijos), 50.000 nietos No simulables: 50.000 convivencia y ayuda mutua, 30.000 ascendientes	Reducción 8.000 IV: 0
	Escala de gravamen propia con 5 escalones y tipos marginales comprendidos entre 7 % (BL < 50.000) y 32 % (BL > 800.000). No distingue patrimonio preexistente.	Bonificación 99 % para cónyuges. Para el resto grupos I y II se aplica la escala siguiente. Simulada la escala a todo grupo I y II con BL > 0	.../...

CC. AA.	I: Descendientes < 21 años	II: Resto descendientes, cónyuge y ascendientes	III																																																
.../...	<table border="1"> <thead> <tr> <th data-bbox="271 1175 345 1425">Base imponible</th> <th data-bbox="271 926 345 1175">Bonificación (%)</th> <th data-bbox="271 678 345 926">Resto BI</th> <th data-bbox="271 429 345 678">Bonificación marginal (%)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>0,00</td> <td>0,00</td> <td>100.000,00</td> <td>99,00</td> </tr> <tr> <td>100.000,00</td> <td>99,00</td> <td>100.000,00</td> <td>97,00</td> </tr> <tr> <td>200.000,00</td> <td>98,00</td> <td>100.000,00</td> <td>95,00</td> </tr> <tr> <td>300.000,00</td> <td>97,00</td> <td>200.000,00</td> <td>90,00</td> </tr> <tr> <td>500.000,00</td> <td>94,20</td> <td>250.000,00</td> <td>80,00</td> </tr> <tr> <td>750.000,00</td> <td>89,47</td> <td>250.000,00</td> <td>70,00</td> </tr> <tr> <td>1.000.000,00</td> <td>84,60</td> <td>500.000,00</td> <td>60,00</td> </tr> <tr> <td>1.500.000,00</td> <td>76,40</td> <td>500.000,00</td> <td>50,00</td> </tr> <tr> <td>2.000.000,00</td> <td>69,80</td> <td>500.000,00</td> <td>40,00</td> </tr> <tr> <td>2.500.000,00</td> <td>63,84</td> <td>500.000,00</td> <td>25,00</td> </tr> <tr> <td>3.000.000,00</td> <td>57,37</td> <td>en adelante</td> <td>20,00</td> </tr> </tbody> </table>	Base imponible	Bonificación (%)	Resto BI	Bonificación marginal (%)	0,00	0,00	100.000,00	99,00	100.000,00	99,00	100.000,00	97,00	200.000,00	98,00	100.000,00	95,00	300.000,00	97,00	200.000,00	90,00	500.000,00	94,20	250.000,00	80,00	750.000,00	89,47	250.000,00	70,00	1.000.000,00	84,60	500.000,00	60,00	1.500.000,00	76,40	500.000,00	50,00	2.000.000,00	69,80	500.000,00	40,00	2.500.000,00	63,84	500.000,00	25,00	3.000.000,00	57,37	en adelante	20,00		
Base imponible	Bonificación (%)	Resto BI	Bonificación marginal (%)																																																
0,00	0,00	100.000,00	99,00																																																
100.000,00	99,00	100.000,00	97,00																																																
200.000,00	98,00	100.000,00	95,00																																																
300.000,00	97,00	200.000,00	90,00																																																
500.000,00	94,20	250.000,00	80,00																																																
750.000,00	89,47	250.000,00	70,00																																																
1.000.000,00	84,60	500.000,00	60,00																																																
1.500.000,00	76,40	500.000,00	50,00																																																
2.000.000,00	69,80	500.000,00	40,00																																																
2.500.000,00	63,84	500.000,00	25,00																																																
3.000.000,00	57,37	en adelante	20,00																																																
Comunidad Valenciana	Reducción $[100.000 + (21 - \text{edad})8.000] \leq 156.000$ Bonificación 75 % CT	Reducción 100.000																																																	
Extremadura	Reducción $[18.000 + (21 - \text{edad})6.000] \leq 70.000$.../...																																																

CC. AA.	I: Descendientes < 21 años	II: Resto descendientes, cónyuge y ascendientes	III
.../...	<p>Bonificación 99 % CT si patrimonio previo ≤ 600.000,00</p>	<p>Si patrimonio previo ≤ 600.000,00: Bonificación 99 % CT si BI ≤ 175.000; 95 % CT si BI ≤ 325.000; 90 % CT si BI ≤ 600.000</p>	
	<p>Reducción de hasta 175.000 (incluyendo todas salvo la de minusválidos) si patrimonio previo ≤ 300.000,00 y el caudal hereditario es ≤ 600.000,00. Incompatible con bonificaciones anteriores.</p>	<p>De manera novedosa permite la posibilidad de afectar la cuota tributaria que resulte a ingresar, a la financiación de programas de ayuda a la inversión de pymes.</p>	
Galicia	<p>Reducción [1.000.000 + (21 - edad) 100.000] Bonificación 99 % CT</p>	<p>Reducción ≥ 25 años: 400.000 Resto: [900.000 - (edad - 21) 100.000] no se puede simular</p>	<p>Reducción 8.000 IV: 0</p>
	<p>Coefficiente multiplicador igual a 1 Escala de gravamen propia con 6 escalones y tipos marginales comprendidos entre 5 % (BL < 50.000) y 18 % (BL > 1.600.000)</p>		
Comunidad de Madrid	<p>Reducción [16.000 + (21 - edad) 4.000] ≤ 48.000</p>	<p>Reducción 16.000</p>	<p>Reducción 8.000 IV: 0</p>
Región de Murcia	<p>Bonificación 99 % CT</p>		
La Rioja	<p>Deducción 99 % CT (tras ded.)</p>	<p>Deducción 50 % CT (tras ded.)</p>	
<p>Nota: Grupos de parentesco fijados por el artículo 20 de la LISD no definidos previamente: III. Colaterales de 2.º y 3.º grado y ascendientes y descendientes por afinidad (hermano, tío, sobrino, suegro, yerno...); IV. Colaterales de 4.º grado y grados más distantes (primo hermano, hijo de sobrino...) y extraños.</p>			
			<p>Fuente: elaboración propia.</p>

El primer bloque lo formarían aquellas que plantean las reformas más ambiciosas, tanto por la amplitud de sujetos pasivos que se benefician (engloban al grupo I y II de parentesco) como por la generosidad de las medidas. Hay diferencias entre ellas según el incentivo utilizado (reducciones, bonificaciones, coeficientes multiplicadores o escalas de gravamen) así como por el alcance de sus medidas. Empezaremos por las que básicamente han apostado por una bonificación del 99% de la cuota. Nos referimos a Canarias (con un 99,9% en vez de un 99%), Cantabria, la Comunidad de Madrid, La Rioja (que será del 98% si la BL es superior a 500.000 €), Castilla-La Mancha (con un 95%). Cantabria al acompañar la bonificación anterior con un aumento sustancial de las reducciones (de más del triple de la reducción estatal) es de las que menos recaudará. También incluiríamos a la Comunidad Valenciana que, aunque bajó la bonificación del 99% hasta el 75%, incrementó la reducción personal a un umbral mínimo de 100.000 euros (el doble de la reducción cántabra, idéntico al catalán y solo superado por Galicia).

Dentro de este bloque, a continuación nos referimos a tres comunidades que sin distinguir por rentas apuestan por combinar diferentes medidas tributarias. Así tras los recientes cambios legislativos Galicia y Baleares mantienen la generosa deducción del 99% comentada anteriormente pero solo para los familiares del grupo I. Por su parte, Cataluña ha establecido una bonificación, que puede llegar hasta el 99%, a partir de la fijación de una escala de bonificaciones de estructura similar a las habituales escalas de gravamen. Estas tres comunidades han fijado escalas de gravamen muy generosas con respecto a la normativa estatal con tipos comprendidos entre el 1 y el 20% (Baleares); el 5% y el 18% (Galicia) y el 7% y el 32% (Cataluña) y para umbrales más altos que los de la normativa estatal que varía entre el 7,67% y el 34%. Además las tres han aumentado las reducciones personales y tanto Cataluña como Galicia han suprimido la distinción por patrimonio preexistente.

Por último, la Región de Murcia, que también tiene la deducción del 99% para el grupo I mientras que para el grupo II es la más baja, del 50% de la cuota, por lo que obviamente será de las de este grupo la más próxima a la normativa estatal.

El segundo bloque lo conformarían aquellas CC. AA. que han decidido disminuir sustancialmente el impuesto pero excluyendo de sus medidas a los beneficiarios más ricos. Mayoritariamente lo han hecho estableciendo reducciones o bonificaciones del 100% (en Andalucía, Aragón, Extremadura, Castilla y León y Asturias para el grupo II). De esta manera no tributan las adquisiciones *mortis causa* de familiares del grupo II (en Aragón solo se permite a cónyuges, hijos o nietos cuando el hijo haya fallecido) cuyo patrimonio preexistente sea inferior a 402.678,11 siempre que no superen los 150.000 euros en Asturias y Aragón y 175.000 en Andalucía y Extremadura (en esta última comunidad se exige además que el patrimonio del adquirente no exceda de 300.000 €) y 250.000 en Castilla y León (donde hasta el 30 de junio de 2016 eran 175.000 €). En las CC. AA. anteriores, salvo Andalucía que establece la reducción anterior también para el grupo I de parentesco, han optado por ser más generosos con los descendientes menores de 21 años. Así, en Asturias no tributan si su patrimonio preexistente cumple el límite señalado anteriormente (ya que su coeficiente multiplicador es nulo) o tributan ligeramente cuando el patrimonio es mayor (el coeficiente multiplicador varía entre 0,02 y 0,04). En Aragón

los menores de 18 años heredan hasta 3.000.000 de euros sin pagar impuestos con independencia de cuál sea su patrimonio previo. Matizaremos que en Aragón adicionalmente se ha introducido una bonificación de manera que los excluidos de las medidas anteriores que cumplan los estrictos requisitos establecidos para 2016 (que ni la base imponible ni el patrimonio previo del adquirente superen los 100.000 €) pagan el 35%.

Como se observa en el **cuadro 2** las medidas autonómicas favorecen a casi todos los contribuyentes de los grupos I y II que pagaban con la legislación estatal (por encima del 91,70% y en 11 de las 15 comunidades favorecen a todos).

Cuadro 2. Incidencia de las normas autonómicas sobre el panel de sucesiones de I y II

	Grupo I	Grupo II	Grupo II: nietos	Total favorecidos	Cuotas cero	Disminuyen sus cuotas	Contribuyente I y II favorecidos (%)
Ley estatal	5	476	13				
A pagar: 494							
Cuotas cero: 1.233	35	1.166	32				
Andalucía	0	34	0	460	460	0	93,12 %
A pagar							
Cuotas cero	40	1.608	45				
Aragón	0	36	13	468	445	23	94,73 %
A pagar							
Cuotas cero	40	1.606	32				
Asturias	0	41	0	453	453	0	91,70 %
A pagar							
Cuotas cero	40	1.585	45				
I. Baleares	5	262	8	494	219	275	100 %
A pagar							
Cuotas cero	35	1.380	37				
Canarias	4	283	10	494	197	297	100 %
A pagar							
Cuotas cero	39	1.359	35				
Cantabria	3	124	1	494	366	128	100 %
A pagar							
Cuotas cero	37	1.518	44				
							.../...

	Grupo I	Grupo II	Grupo II: nietos	Total favorecidos	Cuotas cero	Disminuyen sus cuotas	Contribuyente I y II favorecidos (%)
.../...							
Castilla y León	A pagar	85	0	494	487	7	100 %
	Cuotas cero	1.557	45				
Castilla-La Mancha	A pagar	17	0	494	477	17	100 %
	Cuotas cero	1.149	45				
Cataluña	A pagar	45	0	494	449	45	100 %
	Cuotas cero	1.597	45				
C. Valenciana	A pagar	45	0	494	449	45	100 %
	Cuotas cero	1.597	45				
Extremadura	A pagar	40	2	460	452	8	93,12 %
	Cuotas cero	1.602	43				
Galicia	A pagar	1	0	494	493	1	100 %
	Cuotas cero	1.641	45				
C. Madrid	A pagar	460	13	494	16	478	100 %
	Cuotas cero	1.182	32				
.../...							.../...

	Grupo I	Grupo II	Grupo II: nietos	Total favorecidos	Cuotas cero	Disminuyen sus cuotas	Contribuyente I y II favorecidos (%)
.../...							
Murcia	5	476	13	494	0	494	100 %
	35	1.166	32				
La Rioja	5	476	13	494	0	494	100 %
	35	1.166	32				

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos.

Finalmente, hemos de referirnos al grupo de parientes más lejanos o incluso a aquellos perceptores para los que no media parentesco alguno, esto es, los respectivamente denominados grupos III y IV por el artículo 20 de la LISD. Aunque seis CC. AA. han mejorado las reducciones (Islas Baleares, Canarias, Cantabria, Galicia, Cataluña y la Comunidad de Madrid) solo dos inciden en el panel de declarantes, tal y como se observa en el **cuadro 3**. Nos referimos a Canarias, que incrementa ligeramente el número de declarantes con cuota cero en lo que respecta al grupo III y, con respecto al grupo IV de parentesco, a Baleares, la única que legisla al respecto, incrementa en dos los casos de cuota nula.

Cuadro 3. Incidencia de las normas autonómicas sobre el panel de sucesiones de III y IV

	GRUPO III		GRUPO IV		Total favorecidos III y IV (%)
	A pagar	Cuotas cero	A pagar	Cuotas cero	
Ley estatal	152	101	42	3	
Islas Baleares	152	101	40	5	194 (100 %)
Canarias	148	105	42	3	152 (78,35 %)
Cataluña	152	101	42	3	192 (98,96 %)
Cantabria, Galicia y C. Madrid .	152	101	42	3	152 (78,35 %)

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos.

En el **cuadro 4** se sintetizan las diferencias recaudatorias entre la aplicación del impuesto sin reforma autonómica y después de esta a nuestra base de declarantes.

Cuadro 4. Tipo medio y variación en la recaudación estimados por CC. AA.

	Tipo medio	Recaudación	Caída recaudación (en euros)	Caída recaudación (porcentaje)
Ley estatal	15,67 %	3.597.370		
Andalucía	16,71 %	2.559.152	1.038.217	28,86 %
Aragón	18,08 %	2.009.985	1.587.384	44,13 %
Asturias	11,47 %	2.631.955	965.414	26,84 %
				.../...

	Tipo medio	Recaudación	Caída recaudación (en euros)	Caída recaudación (porcentaje)
.../...				
I. Baleares	7,49 %	1.458.423	2.138.946	59,46 %
Canarias	0,86 %	170.361	3.427.009	95,26 %
Cantabria	1,29 %	190.183	3.407.186	94,71 %
Castilla y León	18,79 %	1.484.276	2.113.094	58,74 %
Castilla-La Mancha	6,42 %	1.472.636	2.124.733	59,06 %
Cataluña	4,39 %	1.007.097	2.590.273	72,00 %
C. Valenciana	13,70 %	1.505.963	2.091.406	58,14 %
Extremadura	18,80 %	2.497.645	1.099.724	30,57 %
Galicia	18,45 %	1.341.991	2.255.379	62,70 %
C. de Madrid	5,99 %	1.361.955	2.235.414	62,14 %
Murcia	10,74 %	2.465.511	1.131.859	31,46 %
La Rioja	6,11 %	1.402.046	2.195.323	61,03 %

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos.

Se observa que en dos tercios de las CC. AA. la pérdida recaudatoria es notoria, ya que supone más de la mitad de los rendimientos potenciales del impuesto. Serían todas las CC. AA. del primer bloque (salvo Murcia) lideradas por Canarias (con una caída recaudatoria superior al 95%) junto con Castilla y León del segundo bloque. El resto, salvo Aragón que se sitúa en un 44,13%, presenta unas pérdidas recaudatorias inferiores al 31,46% de Murcia. Siendo Asturias la que más recaudación conserva.

El principal argumento a favor de la permanencia del ISD en los modernos sistemas fiscales es su contribución al logro de una mejor redistribución de la riqueza, si bien la incidencia última que pueda tener el tributo respecto a dicho objetivo, al concentrarse en las porciones de patrimonio transmitidas por herencia o donación, ha de ser limitada. Los datos con los que hemos trabajado no ofrecen información con respecto al patrimonio preexistente, tan solo tenemos una agrupación de las transmisiones en función del coeficiente multiplicador. Esto hace imposible que podamos calcular con el rigor deseado el efecto último que el tributo tendrá sobre el patrimonio total de los sujetos.

Para llevar a cabo nuestro análisis y precisar la capacidad redistributiva que este impuesto pueda tener, utilizaremos los habituales índices de progresividad y redistribución. El efecto re-

distributivo de un impuesto se mide a partir del índice de Reynolds-Smolensky, que es el producto (corregido por el índice de reordenación) del índice de Kakwani de progresividad global o de desviación de la proporcionalidad y el nivel del impuesto que depende del tipo medio y recaudación⁵. La caída de la recaudación (que es lo que hemos visto sucede en todos los casos) y por tanto del tipo impositivo efectivo y el nivel del impuesto, para una progresividad dada, supondrá una caída de la redistribución. O con una recaudación más pequeña solo se podrá mantener el efecto redistributivo reforzando su progresividad.

En general, las reformas autonómicas dan lugar a un impuesto con una mayor progresividad efectiva en todas las situaciones, tal y como se observa en el **cuadro 5**. Con un incremento sustancial en la mayoría de los casos del índice de Kakwani desde el 0,3190 hasta valores en torno al 0,36, superando incluso al 0,38 en Cantabria y Canarias. Los resultados obtenidos en el índice de Suits confirman la progresividad del impuesto en todos los casos y también ese sesgo entre comunidades, ya que mientras que la norma general es que se incremente tras las nuevas normas autonómicas, en Murcia disminuye respecto a la situación de partida.

No obstante, estos incrementos de progresividad no son suficientes para compensar las caídas de nivel y finalmente el índice de Reynolds-Smolensky de todas las CC. AA. es menor que el de la situación de partida. De manera que, suponiendo constante el resto, el impuesto se muestra menos redistributivo en la actualidad.

Cuadro 5. Índices de progresividad y redistribución por CC. AA.

	G BI	G BI-C CT	C CT	Reynolds-Smolensky	Kakwani	Suits
Ley estatal	0,594923	0,574905	0,913979	0,020019	0,319056	0,594049
Andalucía		0,580168	0,965991	0,014756	0,371067	0,714912
Aragón		0,584331	0,961967	0,010592	0,367044	0,696690
Asturias		0,579615	0,964200	0,015308	0,369277	0,705610
I. Baleares		0,588373	0,952911	0,006550	0,357988	0,668791
Canarias		0,593653	0,992008	0,001270	0,397085	0,906368
						.../...

⁵ Véase LAMBERT (1996). Además el análisis que planteamos sobre el efecto redistributivo del impuesto considera como única diferencia entre individuos el importe de las transferencias recibidas. No obstante, se podrían tener en cuenta otros factores, como el parentesco, y realizar un análisis más preciso utilizando el criterio de la dominancia de Lorenz generalizada secuencial desarrollado por ATKINSON y BOURGUIGNON (1987). Véase LÓPEZ LABORDA y ONRUBIA (2005).

	G BI	G BI-C CT	C CT	Reynolds-Smolensky	Kakwani	Suits
.../...						
Cantabria		0,594841	0,984343	0,000082	0,389420	0,858111
Castilla y León		0,588230	0,966045	0,006693	0,371121	0,710736
Castilla-La Mancha		0,588327	0,963608	0,006596	0,368684	0,699391
Cataluña		0,590936	0,963316	0,003987	0,368392	0,699684
C. Valenciana		0,588084	0,960764	0,006840	0,365840	0,687062
Extremadura		0,580729	0,965623	0,014194	0,370700	0,714363
Galicia		0,589256	0,967733	0,005668	0,372810	0,721661
Madrid		0,589133	0,964641	0,005791	0,369718	0,711221
Murcia		0,582186	0,920239	0,012737	0,325316	0,554015
La Rioja		0,588943	0,961318	0,005980	0,366395	0,699183
Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos.						

3. PANORAMA DE LA TRIBUTACIÓN DE DONACIONES EN 2016

Del análisis de las medidas tributarias autonómicas recogidas en el **cuadro 6** se observa que las 10 comunidades implicadas se concentran en los grupos de parentesco más cercanos.

Cuadro 6. *Medidas fiscales simuladas para transmisiones inter vivos*

CC. AA.	I: Descendientes < 21 años II: Resto de descendientes, cónyuge y ascendientes	III: Colaterales de 2.º y 3.º grado, ascendientes y descendientes por afinidad IV: resto familia y extraños
Ley estatal 29/1987 aplicable salvo norma autonómica	Escala de gravamen única con 16 escalones y tipos marginales comprendidos entre 7,65 % (BL < 7.993,46) y 34 % (BL > 797.555,08). Coefficientes multiplicadores según patrimonio preexistente y parentesco. Comprendidos para grupo I y II entre 1 (el menor)-1,20 y para IV: 2-2,40 (el mayor).	
.../...		

CC. AA.	I: Descendientes < 21 años II: Resto de descendientes, cónyuge y ascendientes	III: Colaterales de 2.º y 3.º grado, ascen- dientes y descendientes por afinidad IV: resto familia y extraños
.../...		
Aragón	<p>Reducción 100 %; cónyuge e hijos; total reducciones por donante en 5 años \leq 75.000; si patrimonio previo \leq 402.678,11 (en vez de los 100.000 aprobados)</p> <p>Bonificación 65 % CT si BI \leq 75.000 y patrimonio previo \leq 402.678,11 (en vez de los 100.000 aprobados) (incompatible con las otras medidas autonómicas)</p>	
Islas Baleares	Cuota \leq 7 % BL	
Canarias	Bonificación 99,9 % CT si escritura pública	
Castilla-La Mancha	Bonificación CT si hay escritura pública: 100 % si BL < 120.000; 80 % si BL \geq 240.000; 95 % si 120.000 \leq BL < 240.000	
Cataluña	<p>Escala de gravamen si hay escritura pública:</p> <p>de 0 a 200.000 5 %</p> <p>de 200.000 a 600.000 7 %</p> <p>de 600.000 en adelante 9 %</p>	
	<p>Escala de gravamen propia con 5 escalones y tipos marginales comprendidos entre 7 % (BL < 50.000) y 32 % (BL > 800.000) (la misma que para sucesiones). No distingue patrimonio preexistente.</p>	
Comunidad Valenciana	<p>Solo para hijos y padres con patrimonios previos \leq a 2.000.000 o minusválidos:</p> <p>Reducción: Hijos < 21 años; [100.000 + (21 - edad) 8.000] \leq 156.000 Resto: 100.000</p> <p>Bonificación 75 % CT \leq 150.000</p>	
Extremadura	<p>Si patrimonio previo \leq 600.000</p> <p>Bonificación 99 % CT si I ó II con BI \leq \leq 175.000; 95 % si II con BI \leq 325.000; 90 % si II con BI \leq 600.000</p>	
.../...		

CC. AA.	I: Descendientes < 21 años II: Resto de descendientes, cónyuge y ascendientes	III: Colaterales de 2.º y 3.º grado, ascen- dientes y descendientes por afinidad IV: resto familia y extraños
.../...		
Galicia	Escala de gravamen si hay escritura pública: de 0 a 200.000 5 % de 200.000 a 600.000 7 % de 600.000 en adelante 9 % Coefficiente multiplicador igual a 1	
Comunidad de Madrid	Bonificación 99 % CT	
Región de Murcia	Bonificación 50 % CT si hay escritura pública	
Fuente: elaboración propia		

Si se comparan el **cuadro 6** y el **1** se concluye que en general las medidas aprobadas para donaciones han tendido a replicar las adoptadas en el ámbito de las transmisiones *mortis causa* en cada territorio. Bien totalmente, tal y como sucede en Canarias, la Comunidad de Madrid y la Comunidad Valenciana (aunque fijando algún límite en la *inter vivos*). O casi totalmente, como en Castilla-La Mancha que a partir del 1 de junio de 2016 fija diferentes límites y porcentajes para la bonificación. Bien limitándose a alguno de los incentivos. Este es el caso de Extremadura (que solo fija la bonificación recién introducida en el 2015). También de la Región de Murcia que solo lo hace para el grupo II. Y, por último, de Aragón que aplica la bonificación y la reducción de los grupos I y II –aunque esta última con un menor límite cuantitativo– englobando todas las donaciones recibidas por el donatario, también de otros donantes, en los últimos cinco años.

En cambio, la Comunidad de Baleares establece vía deducción autonómica un umbral de tributación máxima, exactamente del 7% de la base liquidable.

Por su parte, Cataluña y Galicia establecen para las transmisiones *inter vivos* una escala de gravamen especial y con tipos menores, curiosamente idéntica en ambos territorios, para las donaciones a los grupos I y II que se instrumenten en escritura pública. En lo que respecta a los coeficientes multiplicadores los catalanes eliminan los escalones de patrimonio preexistente y Galicia fija, al igual que hizo en las transmisiones *mortis causa*, un coeficiente multiplicador unitario a los grupos I y II.

Terminaremos la comparación con las sucesiones resaltando que hay dos comunidades del grupo más generoso en sucesiones que no han regulado las donaciones (Cantabria y La Rioja) mientras que Aragón y Extremadura son las únicas del grupo II que sí lo hacen.

Del análisis de incidencia del **cuadro 7** se concluye que la tributación de los grupos I y II en la Comunidad Valenciana y Aragón es casi testimonial. Debido a que las reducciones suponen que solo paguen 8 o 21 (entre los que se incluyen los 6 nietos y los excluidos por su patrimonio preexistente) de los 162 contribuyentes de los grupos I y II que lo hacen en el resto de territorios. Pero es que, además, la mayoría de ellos se benefician de generosas bonificaciones (del 75 % y 65 % respectivamente). Estas son menores a las aplicables en Castilla-La Mancha y la Comunidad de Madrid (con un 85 %-95 % y 99 % respectivamente) que además no requieren ningún requisito más allá que el de parentesco. En cambio, Extremadura beneficiaría a los grupos I y II con una bonificación que oscila entre el 90 %-99 % salvo a los 4 casos del grupo II comentados previamente que, en este territorio, pagarían lo mismo que en aquellos donde se aplica la normativa estatal.

Cuadro 7. Incidencia de las normas autonómicas sobre el panel de donaciones

	Grupo I	Grupo II	III	IV	Total
	Pagar	Pagar	Pagar	Pagar	Pagar
Ley estatal y demás CC. AA. ...	8	154	30	10	202
Aragón	3	18 = 6 nietos + 12 10 no aplican bonificación	30	10	61 (30,19 %)
C. Valenciana	0	8 = 6 nietos + 2 que aplicarán bonificación	30	10	48 (23,8 %)
Cataluña	8	154, de ellos 4 se benefician al aplicar un CM menor	30	10	202 (100 %) Solo 4 (III) pagan más
Extremadura	8	154, los 4 CM > 1 no aplican bonificación	30	10	202 (100 %)
Galicia	8	154, de ellos 4 se benefician al aplicar un CM menor	30	10	202 (100 %) I y II pagan menos todos
Canarias, Castilla-La Mancha, C. Madrid, Baleares, Murcia	8	154	30	10	202 (100 %) I y II pagan mucho menos todos

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos.

El trato favorable que establecen las reformas autonómicas tiene, lógicamente, un reflejo en la recaudación potencial en nuestro panel de declarantes tal y como se sintetiza en el **cuadro 8**.

Cuadro 8. Tipo medio y variación en la recaudación estimados por CC. AA.

	Tipo medio	Recaudación	Caída recaudación (en euros)	Caída recaudación (porcentaje)
Ley estatal, resto de CC. AA.	13,20 %	702.607		
Aragón	17,90 %	363.791	338.816	48,22 %
I. Baleares	10,94 %	582.558	120.049	17,09 %
Canarias	6,04 %	321.703	380.904	54,21 %
Castilla-La Mancha	6,42 %	341.887	360.720	51,34 %
Cataluña	8,10 %	431.221	271.386	38,63 %
C. Valenciana	18,01 %	326.865	375.742	53,48 %
Extremadura	6,28 %	334.618	367.989	52,37 %
Galicia	9,54 %	507.919	194.688	27,71 %
C. de Madrid	6,11 %	325.135	377.472	53,72 %
Murcia	9,62 %	511.965	190.642	27,13 %

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos.

Se produce una caída de la recaudación en todos los casos, si bien no con la misma intensidad entre sí y en menor grado que en sucesiones, salvo en Extremadura y Aragón. Para Aragón hemos de tener presente que la pérdida recaudatoria podría ser menor en los años siguientes, en la medida en que los mismos contribuyentes recibiesen otra donación, ya que la reducción no puede superar los 75.000 euros en 5 años. La pérdida de recaudación es de más del 48 % en 6 comunidades (en orden decreciente: Canarias, Comunidad de Madrid, la Valenciana, Extremadura, Castilla-La Mancha y Aragón). Mientras que en las Islas Baleares, Galicia, Murcia y Cataluña la pérdida recaudatoria es menor, oscilando el porcentaje entre un 17 % para la primera y el 38 % para la última. En cuanto al tipo medio disminuye siempre, menos en la Comunidad de Valencia y Aragón que han fijado reducciones.

Cuadro 9. Índices de progresividad y redistribución por CC. AA.

	G BI	G BI-C CT	C CT	Reynolds-Smolensky	Kakwani	Suits
Ley estatal, resto CC. AA.	0,5568048	0,5468806	0,6849432	0,0099241	0,1281385	0,2145960
Aragón		0,5457875	0,9052347	0,0110172	0,3484299	0,6196243
I. Baleares		0,5497232	0,6897791	0,0070816	0,1329743	0,2433246
Canarias		0,5465384	0,9289675	0,0102663	0,3721628	0,6868767
Castilla-La Mancha		0,5463986	0,8953914	0,0104062	0,3385866	0,6236227
Cataluña		0,5560222	0,6701622	0,0007826	0,1133574	0,2056055
C. Valenciana		0,5464635	0,9253906	0,0103412	0,3685858	0,6762675
Extremadura		0,5468998	0,9159709	0,0099050	0,3591662	0,6561422
Galicia		0,5487312	0,7252898	0,0080735	0,1684851	0,3122622
C. Madrid		0,5465348	0,9223562	0,0102700	0,3655514	0,6746358
Murcia		0,5465669	0,7459111	0,0102379	0,1891063	0,3369662

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos.

A partir de los datos del **cuadro 9** se concluye una mayor progresividad efectiva del impuesto en todas las situaciones, con un incremento del índice de Kakwani y del de Suits salvo en Cataluña que disminuye aproximadamente una centésima. Por su parte los valores obtenidos en los índices Reynolds-Smolensky permiten concluir que globalmente se mantiene el efecto redistributivo del impuesto (con 6 comunidades con ligeros aumentos y 4 con ligeros descensos). En cualquier caso, las diferencias entre los índices son ciertamente escasas, por lo que el impacto de las reformas, en este sentido, es muy limitado.

4. PROPUESTA DE REFORMA DEL ISD POR LA COMISIÓN DE EXPERTOS

Desde hace tiempo varios autores, entre los que destacaremos los de CHECA (1996), ALONSO (2001), QUINTAS (2008), GARCÍA (2011) y BARBERÁN, LÓPEZ y MELGUIZO (2010), vienen señalando la necesidad de reformar seriamente este impuesto. Por su parte la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español (2014) incluyó varias recomendaciones de calado referidas al ISD. Aunque hasta el momento el legislador no ha procedido a reformar el impuesto,

es razonable pensar que estas pueden orientar medidas legislativas futuras máxime si hay cambios políticos. De ahí el interés en analizarlas en este trabajo⁶.

En concreto la Comisión propone la supresión de las reducciones personales y objetivas⁷. Y aboga por el establecimiento de un mínimo exento para todos los contribuyentes, la aplicación de un tipo proporcional de gravamen según parentesco y la supresión de los coeficientes multiplicadores en función del patrimonio preexistente. A partir de estas líneas básicas sugiere unas cuantías máximas y mínimas para cada elemento tributario que aparecen recogidas en el **cuadro 10** clasificadas en las dos propuestas a simular en nuestra muestra⁸.

En cuanto a la incidencia de dichas propuestas en los 688 individuos que pagaban con el actual impuesto, obtenemos que ahora solo pagarían 443 (64,38 %) y 359 (52,18 %) con las propuestas 1 y 2 respectivamente, y de ellos 90 (13,08 %) y 89 (12,93 %) pagarían más al no gozar de reducciones (recordamos que la Comisión elimina las personales, la de la vivienda salvo para cónyuges, la de seguros, la de bienes del patrimonio histórico y no concreta la de discapacitados y la empresarial). En cuanto a donaciones, obviamente el establecimiento de un mínimo exento (recordamos que idéntico al de sucesiones) disminuye claramente el número de contribuyentes ya que de los 202 contribuyentes iniciales ahora pagan 81 (40,09 %) y 70 (34,65 %) respectivamente, saliendo perjudicados con la reforma tan solo 9 (3 %) y 7 (4 %).

⁶ Es una lástima que no se haya aprovechado la necesidad de adecuar el impuesto al derecho comunitario tras la Sentencia de 3 de septiembre de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En vez de una reforma en profundidad se ha procedido a solventar la situación con la introducción por la Ley 26/2014 de una nueva disposición adicional segunda a la LISD. Gracias a ella se reconoce a los residentes en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo la posibilidad de aplicar la normativa autonómica que corresponda. Eliminando la discriminación existente hasta ahora, y que permanece para los residentes en otros países (ya sea transmitente o beneficiario o si se trata de inmuebles sitos en el extranjero), que solo pueden aplicar (casi todas) las reducciones estatales para *mortis causa* y las escalas de gravamen fijadas por la LISD, no siéndoles de aplicación ninguna otra de las medidas autonómicas. Sobre los problemas de gravar las sucesiones en Europa véase MARTÍN y DEL BLANCO (2014).

⁷ En cambio la Comisión, en su propuesta 56, sugiere mantener alguna reducción para discapacitados (también para donaciones de acuerdo a su propuesta 55), la correspondiente a la adquisición sucesiva de bienes y mejorar la de la empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades. En cuanto a la cesión autonómica, aunque no hace una propuesta formal, en su página 249 recomienda la fijación por la normativa estatal de unos límites máximos y mínimos a la capacidad normativa autonómica.

⁸ BARBERÁN, LÓPEZ y MELGUIZO (2010) con una estructura de ISD similar a la propuesta por la Comisión (aunque suprimiendo el ajuar doméstico tal y como se hace en los territorios forales) simulan diferentes propuestas en una muestra diferente. De entre los escenarios analizados sobresale uno que tiene varias propiedades interesantes, ya que aproxima nuestro impuesto al de los países de nuestro entorno, garantiza la misma recaudación potencial que antes de la reforma y es también neutral en términos de su efecto redistributivo, medido por el índice de Reynolds-Smolensky. Se trata de la adopción de un mínimo exento o reducción de 76.000 euros (umbral determinado en el ejercicio de fiscalidad comparada) para sucesiones de cónyuges y descendientes y un tipo de gravamen que se situaría en el entorno del 28 % (garantizando la recaudación de acuerdo a la normativa estatal) o al 9 % (si se garantizara la recaudación real obtenida por Aragón a la que corresponde la muestra de 2007).

Cuadro 10. Propuestas de la Comisión de expertos

		Tipo de gravamen aplicable A		
	Mínimo exento	A Descendientes, adoptados, cónyuges, ascendientes o adoptantes	B Colaterales de 2.º y 3.º grado y ascendientes y descendientes por afinidad hasta 3.º grado	C Resto
Propuesta 1 (mínimos)	20.000	4 %	7 %	10 %
Propuesta 2 (máximos)	25.000	5 %	8 %	11 %

Fuente: elaboración propia a partir del informe.

El **cuadro 11** recoge el impacto recaudatorio y el tipo medio. Obviamente las caídas de recaudación son cuantiosas pero en el ámbito de las sucesiones son del orden de las obtenidas para el bloque de CC. AA. más supresoras del impuesto (pero, eso sí, por debajo de Canarias, Cantabria y Cataluña que recordamos tienen caídas de recaudación de más del 72 %). En cambio en donaciones ninguna comunidad ha llegado tan lejos (recordamos que las que más, Canarias, la Comunidad de Madrid y la Valenciana, se situaban en torno al 54 % o 53 %). Como era de esperar los tipos medios son de los menores.

Cuadro 11. Tipo medio y variación en la recaudación estimados por CC. AA.

	Tipo medio	Recaudación	Caída recaudación (en euros)	Caída recaudación (porcentaje)
Sucesiones Ley estatal	15,67 %	3.597.370		
Sucesiones propuesta 1	5,60 %	1.227.929	2.369.441	65,87 %
Sucesiones propuesta 2	6,99 %	1.325.955	2.271.415	63,14 %
Donaciones Ley estatal	13,20 %	702.607		
Donaciones propuesta 1	5,14 %	164.868	537.739	76,53 %
Donaciones propuesta 2	6,19 %	174.698	527.909	75,14 %

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos.

En cuanto a la progresividad y la redistribución los índices los tenemos recogidos en el **cuadro 12**. El análisis de los índices Reynolds-Smolensky obtenidos permite concluir que se mantiene el efecto redistributivo del impuesto aunque disminuye ligeramente. Por su parte, los Kakwani

y Suits obtenidos nos muestran un impuesto progresivo destacando que, mientras en sucesiones la progresividad efectiva del impuesto es menor, en donaciones es mayor.

Cuadro 12. Índices de progresividad y redistribución por CC. AA.

	G BI	G BI-C CT	C CT	Reynolds-Smolensky	Kakwani	Suits
Sucesiones Ley estatal	0,594923	0,574905	0,913979	0,020019	0,319056	0,594049
Sucesiones propuesta 1		0,588285	0,881526	0,006639	0,286602	0,420619
Sucesiones propuesta 2		0,587201	0,901533	0,007722	0,306610	0,468880
Donaciones Ley estatal	0,5568048	0,546880	0,684943	0,009924	0,128138	0,214596
Donaciones propuesta 1		0,549704	0,811901	0,007100	0,255096	0,380398
Donaciones propuesta 2		0,548711	0,828011	0,008093	0,271206	0,412607

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos.

5. CONCLUSIONES

El uso, por parte de las CC. AA., de las competencias normativas sobre el ISD supone que en la actualidad la exigencia del tributo sea muy dispar entre territorios, lo que afecta, entre otros, a los principios de equidad y generalidad así como a su función redistributiva.

Atendiendo a la normativa actual y de manera conjunta a las donaciones y sucesiones las CC. AA. que más lejos han llegado en la extensión de sus beneficios fiscales son Canarias, Cantabria, Cataluña, la Comunidad de Madrid, Castilla-La Mancha, la Comunidad Valenciana, Galicia y las Islas Baleares. Todas ellas, salvo Cantabria, han introducido medidas en ambos tipos de transmisiones.

En cuanto a las propuestas que emanan del Informe de la Comisión de expertos se concluye que sus niveles de incidencia, redistributivos y recaudación son muy similares a los obtenidos por la mayoría de las CC. AA. salvo para el caso de donaciones, donde aplicar exactamente la misma reducción y tipo que en sucesiones y para todos los contribuyentes supone una mayor concentración del impuesto y menor recaudación que lo obtenido en ninguna CC.AA.

Por todo ello abogamos a una reforma en profundidad del mismo. El camino es el apuntado por el comité de expertos y en un difícil consenso entre los estudiosos ya sean juristas o economistas, los funcionarios de la hacienda central y de las autonómicas y la mayor parte de la opinión pública. Por un lado, sería conveniente establecer una tributación mínima común en todo el estado

(siendo más que deseable que incluyera también a los territorios forales) compatible con el reconocimiento de cierta capacidad normativa autonómica por encima de ese mínimo⁹. Por otra se debería proceder a su simplificación lo que, entre otras cosas, conllevaría mitigar la alta progresividad, en sintonía con lo que se ha estado haciendo, no solo a nivel nacional, con otros impuestos¹⁰.

Bibliografía

ALONSO GONZÁLEZ, L. M. [2011]: *La inconstitucionalidad del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid.

ATKINSON, A. B. y BOURGUIGNON, F. [1987]: «Income Distribution and Differences in Needs», en FEIWEL, G. R. (ed.): *Arrow and the Foundations of the Theory of Economic Policy*, Londres: Macmillan, págs. 350-370.

BARBERÁN, M. A. [2006]: «Redistribución y progresividad en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; un análisis con datos de panel», *Hacienda Pública Española. Revista de Economía Pública*, n.º 177, págs. 25-57.

BARBERÁN, M. A.; LÓPEZ LABORDA, J. y MELGUIZO, M. [2010]: «Una propuesta de reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones», *Cuadernos de Información Económica*, n.º 217, págs. 37-45.

BARBERÁN, M. A. y MELGUIZO, M. [2007]: «Análisis redistributivo de las reformas autonómicas en el Impuesto sobre Sucesiones», *Cuadernos de Información Económica*, n.º 201, págs. 35-47.

– [2010]: «La regulación autonómica en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: eficacia y efecto redistributivo», *Revista de Estudios Regionales*, n.º 87, págs. 187-211.

BIRD, R. M. [1991]: «The taxation of personal wealth in international perspective», *Canadian Public Policy*, XVII: 3, págs. 322-334.

COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL [2014]: Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español: <http://www.minhap.gob.es/esES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf>

⁹ Si continuamos con la situación actual no es arriesgado aventurar que el proceso autonómico conllevará la práctica eliminación del tributo a no ser que como en el momento actual las restricciones financieras ahoguen a las CC. AA. Téngase presente que desde el federalismo fiscal se nos predica que la imposición patrimonial a nivel del individuo no es conveniente que recaiga en el nivel subcentral de gobierno (BIRD, 1991). Sobre todo en aquellos tributos no periódicos, como el que nos ocupa, ya que su descentralización conlleva fijar su tributación según el territorio de residencia y no es del todo difícil trasladarse (o simularlo, al menos) a un territorio con una fiscalidad más favorable, lo que conlleva además la deslocalización de otros tributos. De todos modos los problemas anteriores no tienen por qué suponer la eliminación del tributo. De hecho en Suiza, donde este impuesto también es competencia del nivel subcentral, aún está en vigor en los cantones más importantes.

¹⁰ Por ejemplo, en Italia el impuesto sobre las herencias y donaciones recibidas que se ha reintroducido en el año 2007 es mucho más sencillo que el existente antes de su derogación el 1 de enero de 2001, al combinar tipos proporcionales con reducciones. Lo anterior además de reducir los costes de gestión desincentivaría las actividades de planificación, elusión y evasión fiscal.

CHECA GONZÁLEZ, C. [1996]: *La supresión del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, ed. Marcial Pons, Madrid.

DE PABLOS, L. [2007]: «Personal wealth taxes: the inheritance and gift taxes and the net wealth tax», en MARTÍNEZ, J. y SANZ, J. F. (dirs.): *Fiscal reform in Spain: accomplishments and challenges*, ed. Edward Elgar, Reino Unido, págs. 241-290.

ERNST & YOUNG [2014]: *Cross-country review of taxes on wealth and transfers of Wealth*, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/publications/studies/2014_eu_wealth_tax_project_final_report.pdf

GARCÍA DE PABLOS, J. F. [2011]: «El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: supresión o reforma», *Crónica Tributaria*, n.º 139, págs. 79-105.

LAMBERT, P. [1996]: *La distribución y redistribución de la renta: un análisis matemático*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

LÓPEZ LABORDA, J. y ONRUBIA, J. [2005]: «Redistribución personal y espacial de la renta con el IRPF», en RUIZ-HUERTA, J. (ed.), *Políticas públicas y distribución de la renta*, Fundación BBVA, Bilbao, págs. 721-756.

MARTÍN ROMÁN, J. y DEL BLANCO GARCÍA, A. [2014]: «La problemática de las sucesiones transfronterizas en Europa», *Crónica Tributaria*, n.º 151, págs. 115-145.

POZUELO ANTONI, F. [2015]: «Novedades para 2015 en la normativa estatal y autonómica sobre impuestos cedidos», *RCyT. CEF*, n.º 386, págs. 95-136.

QUINTAS BERMÚDEZ, J. [2008]: «La posible desaparición del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y su integración en la imposición sobre la renta», *RCyT. CEF*, n.º 303, págs. 3-40.

LOS IMPUESTOS ENERGÉTICOS DE LA LEY 15/2012: PROBLEMAS COMUNITARIOS Y CONSTITUCIONALES

Enrique Ortiz Calle

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Carlos III de Madrid*

EXTRACTO

Junto a los impuestos tradicionales que gravan la renta y el consumo, el sector energético está sometido a una serie de impuestos especiales a los que han venido a sumarse los creados por la Ley 15/2012 cuya justificación, desde consideraciones de política legislativa, es más que dudosa. Esta acumulación asistemática de tributos sobre una misma realidad económica plantea graves problemas de Derecho Comunitario y Constitucional. Así, las «cargas especiales» que soportan la energía nuclear y algunas centrales hidroeléctricas pueden afectar a la libre competencia e infringir la normativa europea sobre ayudas de Estado. Además, si los impuestos creados por la Ley 15/2012 se acabaran trasladando vía precios a los consumidores de electricidad, habría que preguntarse por la posible aplicación de la Directiva 2008/118/CE, que en su artículo 1 limita la facultad de los Estados miembros de crear impuestos sobre consumos específicos que carezcan de finalidad extrafiscal. Un análisis constitucional requiere encontrar una justificación para unos tributos que, por una parte, gravan a un círculo muy restringido de contribuyentes que ya satisfacen el Impuesto sobre Sociedades por la capacidad económica que manifiestan en la obtención de renta, lo que puede contravenir los principios de igualdad y generalidad de la imposición. Esos mismos tributos destinan su recaudación, por otro lado, no a la financiación general de los gastos públicos sino a la corrección del déficit tarifario, afectando al poder presupuestario del Parlamento. Finalmente, la entrada en vigor de la Ley 15/2012 incide sobre el conjunto de la tributación energética autonómica, por lo que urge aclarar cómo queda el espacio fiscal propio de las comunidades autónomas en este ámbito.

Palabras claves: impuestos energéticos y Derecho Comunitario y Constitucional.

Fecha de entrada: 04-07-2016 / Fecha de aceptación: 26-07-2016

THE ENERGY TAX ACT 15/2012: EUROPEAN LAW AND CONSTITUTIONAL PROBLEMS

Enrique Ortiz Calle

ABSTRACT

Along with traditional taxes levied on income and consumption, energy sector is subjected to many special taxes. Taxes approved by Energy Tax Act 15/2012 have been added to this group whose justification, from legislative policy considerations, is more than doubtful. This unsystematic accumulation of taxes on the same economic reality causes serious European and Constitutional Law problems. Thus the «special charges» which undergoes some hydroelectric and nuclear power stations can affect free competition and violate European legislation on State aid. On the other hand, if the taxes created by Energy Tax Act 15/2012 moved via prices to electricity consumers, it should be wondered about the application of Directive 2008/118/EC, which in its article 1 limits the possibility for States members to establish new excise duties with collecting purposes. A constitutional analysis required to find a justification for these taxes which, on the one hand, concern just a very restricted circle of taxpayers who already pay Corporate Tax by their obtained benefits, which may contravene the constitutional principles of equality and generality by taxing power exercise. Revenues collected by these taxes, on the other hand, are not allocated to the general financing of public expenditure but the correction of the tariff electric deficit, affecting the budget Parliament's power. Finally the Energy Tax Act 15/2012 affects intensely the regional energy taxation, so must be clarified the remaining regional fiscal power in this area.

Keywords: energy taxes and European and Constitutional Law.

Sumario

1. La acumulación de impuestos en el sector energético
2. Problemas comunitarios
 - 2.1. Aplicación de la normativa sobre ayudas de Estado
 - 2.2. Aplicación de la doctrina *Jordi Besora*
3. Problemas constitucionales
 - 3.1. «Tributos especiales» y afectación de los ingresos
 - 3.2. Conflictos con tributos autonómicos
4. Conclusiones

1. LA ACUMULACIÓN DE IMPUESTOS EN EL SECTOR ENERGÉTICO

Como sucede en cualquier rama del ordenamiento jurídico, el Derecho Tributario está históricamente condicionado, de manera que la concepción de lo que haya de ser un sistema tributario justo ha ido cambiando a lo largo de la historia. Hoy en día el criterio de reparto de la carga tributaria que se acomoda a las exigencias constitucionales y, desde una perspectiva más general, al concepto de equidad unánimemente aceptado en la sociedad es la capacidad económica, manifestación de la igualdad y principio contenido en el artículo 31 de nuestra norma fundamental. Pero tan compleja como la delimitación concreta del contenido de este principio constitucional es su aplicación práctica. Precisamente desde la perspectiva de la aplicación normativa la situación óptima sería que cada contribuyente pudiera determinar el importe de su contribución en relación con la carga soportada por los restantes contribuyentes, para así poder tener una idea cabal sobre si esa contribución se ajusta al criterio de reparto establecido por el ordenamiento constitucional, es decir, a su capacidad económica. Tal *transparencia* en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos alcanzaría su expresión máxima si solo existiera *un* impuesto. Ahora bien, por muy atractiva que resulte la idea de un único impuesto, lo cierto es que en ningún momento histórico se ha llevado a la práctica, probablemente porque no existe ningún impuesto que esté en condiciones, por sí solo, de satisfacer completamente las necesidades financieras del Estado y, además, porque los elevados tipos que habría de tener esa única figura provocarían una fuerte resistencia fiscal¹. Dicho lo cual, no es menos verdad que el gran número de impuestos que configuran actualmente los sistemas tributarios modernos, que como cualquier obra humana son producto combinado de la historia y de la razón, dificulta seriamente el juicio que pueda formarse cada contribuyente sobre la razonabilidad de su aportación a las necesidades colectivas, habida cuenta no solo de la multiplicidad de las figuras que integran el conjunto sino también de la descoordinación y solapamiento entre las mismas; lo que explica que la utilización del calificativo de «sistema» para designar el conglomerado de impuestos vigentes en nuestro Estado deba hacerse con todos los matices y pueda resultar para más de un observador imparcial un auténtico sarcasmo.

Y es que aun reconociendo la complejidad hasta cierto punto inevitable de los sistemas tributarios contemporáneos, aquella no ha hecho últimamente sino incrementarse injustificadamente. Porque no solo sucede que los gravámenes ya existentes son objeto de modificaciones normativas constantes a través de la utilización indebida de instrumentos como el decreto-ley, superando los límites impuestos por el artículo 86 de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitu-

¹ Vid. las reflexiones de BIRK, D.: *Steuerrecht*, 15.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2012, Rz. 6 y ss., con referencias a las propuestas que sobre todo durante los siglos XVII y XVIII salieron a la luz acerca del «impuesto único» al que el autor no duda en calificar de «utopía de política fiscal».

cional, sino que muchas veces resulta imposible identificar los criterios a que responden tales cambios. Junto a ello, durante los últimos tiempos estamos asistiendo en España a una nueva fuente de complejidad: la creación de nuevos tributos que se han añadido a los impuestos tradicionales que configuran todavía hoy los pilares de nuestro sistema y que gravan con carácter general la obtención periódica de renta, la titularidad de un patrimonio y el consumo, como índices de capacidad económica a disposición del legislador para configurar los hechos imposables de cada figura. Por ceñirnos en exclusiva a la Hacienda del Estado y a los tiempos más recientes, se han creado, entre otros impuestos, el nuevo Gravamen especial sobre los premios de determinadas loterías y apuestas², el Impuesto a los depósitos de entidades de crédito³, el Impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero⁴ y, por fin, otros tres nuevos impuestos, que reclaman nuestra atención en este trabajo, a través de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

Y es que precisamente en el campo de la fiscalidad energética el fenómeno al que aludimos resulta especialmente preocupante, pues hace mucho tiempo que este sector de la fiscalidad no se agota en la imposición tradicional sobre los hidrocarburos, accisa tradicional que somete a gravamen determinados consumos específicos de combustibles y carburantes en atención supuestamente a las externalidades ambientales y sanitarias que producen. En efecto, la citada Ley 15/2012 creó cuatro nuevas figuras: el Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, el Impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica, el Impuesto sobre el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos en instalaciones centralizadas y un llamado Canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica.

Estos gravámenes añaden complejidad al panorama ya de por sí abigarrado de la fiscalidad de la energía en España. Pues las nuevas figuras se suman al ya mencionado tradicional Impuesto sobre Hidrocarburos, al que se añadieron posteriormente el Impuesto sobre la Electricidad⁵, el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte⁶ y el Impuesto Especial sobre el Carbón⁷, sin olvidarnos de las tasas y contribuciones especiales que gravan la explotación del dominio público hidráulico, entre otros fines para la producción de electricidad, de acuerdo con lo previsto en los artículos 111 bis a 115 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA en lo sucesivo). A todas estas exacciones

² Regulado en la disposición adicional trigésima tercera de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, modificada por el artículo 2.3 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación fiscal y al impulso de la actividad económica.

³ Regulado en el artículo 19 de la citada Ley 16/2012.

⁴ Regulado en el artículo 5 de la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se adoptan determinadas medidas en materia de fiscalidad ambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

⁵ Regulado en los artículos 89 a 104 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales.

⁶ Igualmente regulado en la repetida Ley 38/1992 (arts. 65 a 74).

⁷ La regulación de este impuesto también se encuentra en la Ley 38/1992, en concreto, en los artículos 75 a 88.

se suma el conglomerado, más bien amorfo, de impuestos y tasas establecidos por las comunidades autónomas que de manera diversa y asistemática inciden en el sector energético: impuestos sobre emisiones a la atmósfera de determinadas sustancias contaminantes, los que gravan la producción termonuclear de energía eléctrica o los que someten a imposición las instalaciones y demás elementos patrimoniales necesarios para las actividades de producción, transporte y distribución de energía eléctrica, así como los que gravan el agua embalsada utilizada para la producción hidroeléctrica o los llamados cánones sobre los parques eólicos que gravan esta forma de energía renovable. Inciden también de manera más o menos directa sobre el sector energético los impuestos y tasas, igualmente autonómicos, que se cuantifican por referencia a la contaminación ocasionada por el consumo de agua en función de los diferentes usos o midiendo los costes de depuración por razón de los vertidos⁸. No se puede olvidar, por fin, que en el ámbito local el sector eléctrico se somete en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, por razones difíciles de identificar y no explicitadas por el legislador, a normas especiales para la determinación del valor catastral y en relación con tipos de gravamen específicos, pues las centrales hidroeléctricas, embalses, presas, centrales nucleares, parques eólicos e instalaciones para la producción de energía solar y fotovoltaica tienen la consideración legal de «bienes inmuebles de características especiales»⁹. Asimismo en el ámbito local apuntamos que las empresas operadoras en el sector eléctrico han de satisfacer las tasas por el aprovechamiento especial, intensivo y extensivo, que hacen del dominio público local¹⁰.

Volviendo a los gravámenes estatales creados por la Ley 15/2012, si nos atenemos a las declaraciones contenidas en la exposición de motivos, aquellos se proponen modificar nuestro sistema fiscal para conseguir una utilización más eficiente de los recursos en el marco de una política energética sostenible y respetuosa con el medio ambiente. De hecho, el fundamento básico que se atribuye a sí misma esta ley es el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al amparo del artículo 45 de la Constitución. Más adelante contrastaremos la validez de esta afirmación. En cualquier caso, la creación de estos nuevos impuestos se entiende mejor a la luz del contexto social y económico en el que la Ley 15/2012 fue aprobada. Pues el sistema eléctrico español registra un déficit de ingresos de actividades reguladas desde hace más de una década debido al desajuste entre los ingresos procedentes de la aplicación de las tarifas y peajes a los suministros y acceso a las redes de transporte o distribución, respecto de los costes reconocidos a las actividades y costes regulados del sistema eléctrico. Este desajuste es conocido como déficit tarifario. A pesar de los sucesivos intentos legislativos para la corrección y contención de dicho

⁸ Sigue siendo muy útil el trabajo de HERRERA MOLINA, P. M.: *Derecho Tributario Ambiental*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 241 y ss., para tener una visión panorámica y sistemática de los tributos propios autonómicos de naturaleza ambiental.

⁹ La definición de bienes inmuebles de características especiales se encuentra en el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario.

¹⁰ Tasas que gravan no solo al sector eléctrico sino con carácter general a todas las empresas explotadoras de servicios públicos de suministro de interés general (telecomunicaciones, gas...) y que para ello han de ocupar intensivamente el dominio público local. El régimen específico de cuantificación se encuentra en el artículo 24.1 c) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

déficit, este ha dejado de ser una consecuencia coyuntural resultante de la liquidación anual de ingresos y costes para constituir un elemento estructural del sistema eléctrico. En efecto, pese a las medidas adoptadas –en especial y entre otros, por el RDL 6/2009, que estableció una senda para la progresiva suficiencia de los peajes de acceso, y el RDL 1/2012, que pretendió eliminar de manera temporal los costes para el sistema mediante la supresión de incentivos económicos para instalaciones de energía eléctrica en régimen especial e instalaciones de tecnología asimilable en régimen ordinario– hasta llegar a la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE en lo sucesivo), las mismas fueron insuficientes para contener el déficit tarifario.

De ahí que el Gobierno considerara necesario presentar a las Cortes un proyecto de ley, cuya aprobación dio lugar a la Ley 15/2012 que aquí se examina, con nuevas figuras impositivas cuya recaudación se destina a cubrir determinados costes del sistema eléctrico. En efecto, la disposición adicional segunda de la Ley 15/2012¹¹ prevé expresamente –bajo la rúbrica «Costes del sistema eléctrico»– que «En las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año se destinará a financiar los costes del sistema eléctrico previstos en el artículo 13 de la Ley del Sector Eléctrico, un importe equivalente a la suma de los siguientes: a) La estimación de la recaudación anual derivada de los tributos y cánones incluidos en la presente ley; b) El ingreso estimado por la sustracción de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, con un máximo de 500 millones de euros»¹². Unos «costes del sistema eléctrico» de naturaleza extraordinariamente heterogénea y que se concretan, entre otros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.3 de la LSE, en la retribución de las actividades de transporte y distribución, el régimen retributivo específico de la actividad de generación a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, y la dotación del fondo para la financiación del Plan General de Residuos Radiactivos.

Pues bien, la concurrencia de todos estos impuestos sobre un mismo sector de la actividad económica, como es el energético, plantea una serie de problemas de orden comunitario y constitucional que merecen un análisis sosegado. Así, desde la perspectiva del Derecho Europeo hay que plantearse, en primer lugar, la aplicación de la normativa comunitaria de ayudas de Estado por cuanto el Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica (IVPEE en lo sucesivo), al gravar de manera idéntica a todas las fuentes de energía y afectar sus recursos a la financiación de los costes del sistema eléctrico, podría integrar un sistema de ayudas de Estado ilegal, al conferir una ventaja selectiva a determinadas empresas que actúan principalmente en el mercado de las renovables, en perjuicio de otras empresas competidoras. Igualmente suscita dudas desde la perspectiva del régimen de ayudas de Estado la sobreimposición a que están sometidas

¹¹ En la redacción dada por la disposición adicional decimoséptima de la LSE.

¹² La recaudación prevista en los Presupuestos Generales del Estado para 2016 para los impuestos creados por la Ley 15/2012 es la siguiente: por el Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica 1.864 millones de euros; en el caso de los Impuestos sobre la producción y sobre el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos la recaudación prevista para el mismo ejercicio es de 230 y 7 millones de euros, respectivamente; finalmente, se espera recaudar en 2016 por el Canon por utilización de aguas continentales para producción de energía eléctrica 209 millones de euros.

las energías nuclear e hidroeléctrica. El segundo de los problemas comunitarios conecta con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en lo sucesivo) acerca de los impuestos con «finalidad específica», a que se refiere el artículo 1.2 de la Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de impuestos especiales. La presencia de esos «fines específicos» permitiría a los Estados miembros establecer impuestos sobre los mismos productos armonizados. Dicha jurisprudencia tiene su último exponente en la Sentencia, de 27 de febrero de 2014, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) [asunto *Jordi Besora*, C-82/12 (NFJ053503)], relativa al Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (IVMDH). En este contexto procede indagar sobre si a alguno de los impuestos creados por la Ley 15/2012 le puede resultar aplicable la doctrina *Jordi Besora*.

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional resulta problemática, en primer lugar, la existencia de unos impuestos directos cuya justificación en el principio de capacidad económica se presenta cuanto menos dudosa, ya que no parece sencillo identificar la fuente de riqueza que subyace a los hechos imponible contenidos en la Ley 15/2012, máxime cuando el Impuesto sobre Sociedades afecta a las empresas del sector energético y además se puede cuestionar, como veremos, la finalidad de ordenación (extrafiscal) de los tributos creados en la citada ley. Junto a ello, la afectación de la recaudación a la financiación del déficit tarifario, que permite hablar de exacciones finalistas, quiebra el principio de universalidad presupuestaria implícitamente reconocido en el artículo 134.2 de la Constitución. También desde la perspectiva de la norma fundamental hay que plantearse, en segundo lugar, cómo afectan estos impuestos al orden constitucional de distribución de competencias tributarias configurado por la propia Constitución y la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA). Ciertamente la disposición final segunda de la Ley 15/2012 declara que la misma se ha dictado al amparo del artículo 149.1.14.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la materia «Hacienda General». No obstante, más atrás ya hemos recordado que las comunidades autónomas han ejercido intensamente sus competencias para crear tributos propios en materias que pueden coincidir con el objeto imponible de las figuras reguladas en la Ley 15/2012.

2. PROBLEMAS COMUNITARIOS

2.1. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE AYUDAS DE ESTADO

Por todos es sabido que en los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) no se encuentra un concepto de ayuda de Estado. No obstante, es posible deducir el concepto de ayuda a través del control que ejercen la Comisión y el TJUE sobre las medidas adoptadas por los Estados. Ese control se despliega, según es conocido, en cuatro fases: en primer lugar, la medida adoptada produce una «ventaja» económica; en segundo lugar, las medidas consisten en ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales; en tercer lugar, las ayudas perjudican los intercambios comerciales entre los Estados miembros, produciendo el efecto de falsear la competencia; en último lugar, las ayudas favorecen a ciertas em-

presas o producciones, lo que equivale a su «efecto selectivo», requisito este último más difícil de acreditar en la práctica y argumentar convincentemente en términos jurídicos. Determinadas ayudas podrían considerarse compatibles con las disposiciones del TFUE, de acuerdo con su artículo 107.3 c), si se destinan a «facilitar el desarrollo de determinadas actividades», como puede ser el medio ambiente, «siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común». En este contexto resulta aplicable el Reglamento (UE) n.º 651/2014, de 17 de junio, de la Comisión de exención por categorías que en su artículo 36 se refiere a las ayudas para la protección del medio ambiente; siendo el principio básico del que depende la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior que las ayudas a la inversión permitan a las empresas ir más allá de las normas de la Unión en materia de protección medioambiental o incrementar el nivel de protección medioambiental en ausencia de las normas de la Unión. Para completar este marco normativo básico hay que hacer referencia a un instrumento de *soft law*, en concreto a la Comunicación de la Comisión, de 28 de junio de 2014, que establece las directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020. Finalmente, si la ayuda estuviera justificada por motivos medioambientales, se deberá sopesar o ponderar (*balancing test*) el incremento de la protección del medio ambiente que produce la medida con el efecto negativo de la misma en términos de la competencia; ponderación que puede tener lugar en la fase de elaboración de la norma que establece la ayuda o en el momento de su aplicación y que remite, en última instancia, al clásico test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida de ayuda, teniendo como telón de fondo los efectos negativos sobre la competencia¹³.

Procede ahora contrastar la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado con los impuestos creados por la Ley 15/2012. Comenzando por el IVPEE, regulado en los artículos 1 a 11 de la citada ley, la configuración de su hecho imponible, constituido por la realización de actividades de producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, sin diferenciar entre fuentes de energía, asegura en principio que no se produzcan falseamientos de la competencia favoreciendo determinado tipo de empresas; pues tampoco se aprecia diferencia alguna en los elementos de cuantificación, al identificarse la base imponible con el importe total que perciba la empresa productora de energía eléctrica en cada planta durante el periodo impositivo, coincidente con el año natural. En este sentido, tampoco se han previsto beneficios fiscales que incentiven determinadas fuentes de energía¹⁴. Ahora bien, el dato de que los recursos obtenidos por este impuesto se destinen a financiar los costes del sistema eléctrico, entre los que se encuentra

¹³ Vid. la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (STGUE) de 11 de diciembre de 2014, asunto T-251/11, y el comentario de VILLAR EZCURRA, M.: «Avances en la relación de tributos ambientales y ayudas de Estado al hilo de la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014», en *Quincena Fiscal*, núm. 14, 2015, en especial pág. 6 y ss.

¹⁴ Este tratamiento indiferenciado de todas las fuentes de energía, que desconoce las peculiaridades de las energías renovables en especial en lo relativo a su tasa de rentabilidad, motivó la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por la Junta de Andalucía, por supuesta vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3) y del de igualdad (art. 14), recurso que fue finalmente desestimado por la STC 183/2014 (NCJ058888). Interesa subrayar que esta sentencia no enjuició el IVPEE desde la perspectiva del principio constitucional de capacidad económica (art. 31.1).

el régimen retributivo específico de la actividad de generación a partir de fuentes de energía renovables, obliga a que nos planteemos si este impuesto forma parte de un régimen de ayudas de Estado incompatible con el mercado interior, toda vez que mediante su recaudación se otorga una ventaja selectiva a determinadas empresas, en particular las productoras de renovables, en perjuicio de otras empresas que compiten con las anteriores.

Pues bien, para poder afirmar en este caso concreto que nos encontramos ante una ayuda estatal habría que partir de la premisa de que el régimen retributivo específico de la actividad de generación de energías renovables constituye, en sí misma, una ayuda estatal; lo cual está muy lejos de poder afirmarse puesto que la Comisión es claramente partidaria de incentivar la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovable¹⁵. Además, la jurisprudencia del TJUE sobre tributos (finalistas) que afectan su recaudación a determinados gastos exige la existencia de un vínculo directo e indisoluble entre el tributo fiscal afecto y la ayuda estatal¹⁶, que no se da en el caso del IVPEE. De acuerdo con esa jurisprudencia, los tributos no están incluidos, por lo general, en el ámbito de aplicación de las disposiciones del TFUE relativas a ayudas de Estado, salvo en el caso de que constituyan el modo de financiación de una medida de ayuda, de manera que formen parte de la misma. Únicamente en ese caso la ilegalidad no solo afecta a la ayuda en sí misma, sino que se extiende al tributo por ser su modo de financiación. Pero la jurisprudencia exige, como digo, un *vínculo directo entre la ayuda y el tributo* que en el caso concreto del IVPEE no concurre, ya que la afectación de su recaudación es genérica, es decir, a la financiación general de los costes del sistema eléctrico, por lo que no se destina específicamente y en su totalidad a la retribución de la actividad de generación a partir de fuentes de energía renovables. Junto a ello, la afectación no se produce en relación con los ingresos efectivamente obtenidos sino por referencia a la estimación prevista en los Presupuestos Generales del Estado. Pero el argumento decisivo, para negar la vinculación requerida por la doctrina del TJUE, es que el importe de las cantidades destinadas a la generación de energía renovable no depende de la recaudación del IVPEE sino de lo que haya previsto la legislación sectorial¹⁷. Cosa distinta sería que la ayuda percibida por los productores de energías renovables aumentara en función del crecimiento de la recaudación de la exacción; o con otras palabras, si la recaudación del tributo repercutiese directamente en el importe de la ventaja económica otorgada¹⁸.

¹⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: un marco estratégico en materia de clima y energía para el periodo 2020-2030, COM (2014) 15 final, Bruselas, 22 de enero de 2014.

¹⁶ Así, SSTJUE de 21 de octubre de 2003, *Van Calster*, asuntos acumulados C-261/01 y C-262/01; 13 de enero de 2005, *Streekgewest*, asunto C-174/02 (NFJ019228); 27 de octubre de 2005, *Casino France*, asunto C-266/04; 5 de octubre de 2006, *Transalpine Ölleitung*, asunto C-368/04.

¹⁷ De manera muy clara se lee en el considerando 40 de la sentencia, ya citada, *Casino France*, al objeto de justificar la inexistencia de vinculación entre el tributo y la ayuda, que «El importe efectivo de la indemnización abonada no depende de la recaudación del tributo, sino que [...] lo determina la "Comisión local", dentro de los límites fijados por orden ministerial en función de los datos que caracterizan la situación de cada solicitante, en particular sus ingresos y cargas».

¹⁸ Como sucedía en el caso de la STJUE de 25 de junio de 1970, asunto C-47/69, *Gobierno de la República francesa/ Comisión*.

En relación igualmente con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado resultan problemáticos el Canon por la utilización de aguas continentales para la producción de energía eléctrica, creado por el artículo 29 de la Ley 15/2012 que añadió el artículo 112 bis al TRLA¹⁹, y los Impuestos sobre producción y almacenamiento en instalaciones centralizadas de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos, regulados en los artículos 12 a 27 de la Ley 15/2012 que integran su título II. Pues sucede que las empresas productoras de energía eléctrica que realizan los hechos imposables de cualquiera de estos tres tributos ya se encuentran gravadas por el IVPEE que somete a imposición, según hemos visto, cualquier fuente de generación.

Empezando por el primero de los impuestos citados, el hecho imponible del canon mencionado está constituido por la utilización y aprovechamiento de las aguas continentales, en cuanto bien de dominio público, para la producción de energía eléctrica²⁰. Podría pensarse, a la luz de la definición del hecho imponible, que nos encontramos ante una tasa, pero tanto el método para calcular la base imponible, que es el valor económico de la energía hidroeléctrica producida medida en barras de central, como el tipo de gravamen, que es del 22 %, desmienten esta aparente conclusión. Nos encontramos ante un impuesto sobre la cifra de negocios de las centrales hidroeléctricas que se acumula al IVPEE con el propósito de financiar el déficit tarifario. Por otra parte, la referencia hecha a los «costes ambientales» en la exposición de motivos, que el tributo supuestamente trasladaría sobre los que obtienen un beneficio por la explotación de este recurso natural, no se refleja en absoluto en el régimen jurídico de la exacción, habida cuenta el mecanismo de cuantificación y la afectación de los ingresos obtenidos²¹: en concreto, solo el 2 % del canon recaudado será considerado un ingreso del organismo de cuenca, mientras que el 98 % restante será ingresado en el Tesoro Público para destinarlo a la financiación de los costes del sistema eléctrico en aplicación de lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 15/2012.

En relación ahora con el Impuesto que grava la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos, dicho tributo incide sobre la producción del citado combustible y de tales residuos resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica, cuantificándose la deuda por razón del peso del uranio o plutonio contenidos en el combustible, extraído de cada reactor y, en el caso de los residuos, por razón de su volumen. Y en cuanto al segundo de los impuestos que grava el almacenamiento de tales combustible y residuos, el cálculo de la base imponible depende de la diferencia del peso del material almacenado al final y al principio del periodo impositivo, coincidente con el año natural, modulándose los tipos de gravamen por razón de la vida de los residuos y el grado de actividad (baja, media o alta) de los mismos.

Pues bien, esta sobreimposición que soportan tanto las centrales hidroeléctricas que utilizan aguas continentales como las centrales nucleares nos enfrenta a la cuestión controvertida de los

¹⁹ Los preceptos legales que regulan esta exacción se desarrollan en el Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo.

²⁰ El canon solo se aplica a las aguas continentales intercomunitarias sobre las que el Estado es competente.

²¹ Como bien precisó el *Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario*, Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, 2014, págs. 326-327. El Informe se puede consultar en <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf>

llamados *impuestos asimétricos* o *cargas especiales*. Por *carga especial* se entiende una sobreimposición o gravamen adicional que soportan determinadas empresas en comparación con otras con las que compiten por actuar sobre el mismo sector de actividad económica. El dato incontestable de que las «cargas especiales» no sean expresamente mencionadas por los artículos 107 a 109 del TFUE no es ajeno a cierta desatención por la doctrina científica. Pero la tendencia parece haber claramente cambiado desde hace algunos años²² si situamos el foco sobre cierta jurisprudencia del TJUE que contempla las «cargas especiales» como una pieza esencial dentro del régimen de las ayudas de Estado, extendiendo el concepto de las mismas para poder efectuar un control completo de las «diferencias de cargas» entre empresas o producciones²³. Dicha jurisprudencia destaca que tales *impuestos asimétricos* deben valorarse teniendo en cuenta la relación competitiva de los sectores afectados y no afectados por el tributo en cuestión, la finalidad de los mismos y sus efectos²⁴. En ocasiones la *carga especial* puede encontrar una justificación en la «naturaleza y economía del sistema»²⁵; otras veces no cabe justificar la exacción que repercute directamente sobre un círculo específico de competidores en beneficio de otros que reciben una sobrecompensación por el cumplimiento de determinadas obligaciones de servicio público²⁶. Pues aunque no concorra una transferencia directa de fondos a favor de determinadas empresas, la no imposición del gravamen a las mismas frente a la carga tributaria soportada por sus competidoras supone conceder una desgravación fiscal a las primeras²⁷. Por expresarlo de otro modo, «la imposición asimétrica del gravamen solo para determinadas categorías de empresas es precisamente lo que determina la existencia de una eventual ayuda»; de suerte que el gravamen pagado por determinadas empresas influye en la magnitud de la ayuda recibida por sus competidoras, siendo así que el beneficio que estas últimas obtienen por la sujeción de sus competidoras depende necesariamente de la cuantía

²² Vid. SCHÖN, W.: «Special Charges – a gap in European Competition Law?», en *European State Aid Law Quarterly*, vol. 5, Issue 3, 2006, págs. 495-504.

²³ Por poner un ejemplo relativo al sector audiovisual y de las telecomunicaciones, ya hay pronunciamientos respecto de los tributos que satisfacen las empresas del sector para la financiación de la Corporación pública Radio y Televisión Española; en concreto, tanto la Decisión 2011/1/UE, de 20 de julio de 2010, relativa al régimen de ayudas (asunto C-38/09) como la STGUE de 11 de julio de 2014 (asunto T-533/10) no aprecian problema de compatibilidad alguno con el régimen comunitario de ayudas de Estado.

²⁴ Siguiendo la opinión del abogado general Tizzano en sus conclusiones, presentadas el 8 de mayo de 2001, a la STJUE de 22 de noviembre de 2001, asunto 53/00, *Ferring*.

²⁵ Vid. SSTJUE de 28 de abril de 2004, asunto C-308/01, *Gil Insurance* (NFJ016759); de 15 de junio de 2006, asuntos C-393/04 y C-41/05, *Air Liquide*; de 22 de diciembre de 2008, asunto C-487/06, *British Aggregates*; y STGUE de 7 de marzo de 2012, T-210/02, *REENV*.

²⁶ Se trata de la STJUE de 7 de septiembre de 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron* (NFJ063348), en la que se declaró incompatible con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado un tributo que afectaba exclusivamente a los «laboratorios farmacéuticos» que vendían directamente medicamentos en el mercado, sin incluir dentro del ámbito de aplicación del tributo a los «mayoristas distribuidores» en atención a las obligaciones de servicio público que recaían sobre estos últimos; obligaciones básicamente consistentes en poseer permanentemente unas existencias de especialidades farmacéuticas que permitan garantizar el abastecimiento del consumo mensual de las farmacias del sector al cual atienden y que formen parte de su clientela habitual.

²⁷ Así, las conclusiones, ya citadas, del abogado general en el asunto 53/00, *Ferring*, fundamentos 44-45 y 47.

del gravamen, ya que es evidente que cuanto más elevado sea el referido gravamen, mayor será la ventaja competitiva obtenida por las empresas competidoras no sujetas²⁸. Es preciso recordar, como lo ha hecho el TJUE en su jurisprudencia, que el artículo 107.1 del TFUE no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que define a estas en función de sus efectos y, por lo tanto, *independientemente de las técnicas utilizadas*²⁹.

A la vista de lo expuesto, empezando por el Canon que grava la producción de energía eléctrica en aguas continentales, es un dato incuestionable que las centrales hidroeléctricas situadas en aguas continentales intercomunitarias resultarán más gravadas que otros productores de electricidad. Ahora bien, para que la balanza se inclinará a favor de una ayuda estatal prohibida, dichas centrales se deberían encontrar en una relación de competencia fuerte con otros productores de energía eléctrica; pues, según tiene declarado la STJUE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-526/04, *Laboratoires Boiron* (NFJ063348) (fundamento 34), en los casos de sujeción asimétrica a un gravamen la supuesta ayuda resulta del hecho de que otra categoría de operadores económicos con la cual la categoría gravada «está en relación directa de competencia» no está sujeta al pago del gravamen, en tanto en cuanto la medida de ayuda se identifica con el gravamen. Pero si tal relación no existiera o fuera débil, porque de hecho la mayor parte de las empresas titulares de centrales hidroeléctricas pusieran en el mercado electricidad procedente de fuentes de energía distintas, se debería descartar una contravención del Derecho Europeo porque, de lo contrario, se asumiría un concepto de ayuda tan amplio que supondría el riesgo de una interferencia en la política fiscal de un Estado miembro³⁰.

Centrando ahora el análisis en los Impuestos sobre la producción y el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos, es necesario traer a colación la STJUE de 4 de junio de 2015, asunto C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems* (NFJ058602), ya que en esta resolución se enjuicia un impuesto alemán sobre el uso de combustible nuclear en centrales para la generación de energía eléctrica que guarda ciertas similitudes con esos tributos españoles. En el litigio la sociedad titular de la central nuclear alegaba que tal impuesto «afecta a la competencia entre los distintos productores de electricidad» al conllevar la imposición de la producción de electricidad en las centrales nucleares y no someter, en cambio, a impuestos, por una parte, las demás modalidades de producción de electricidad que no generan emisiones de CO₂ ni, por otra parte, las modalidades de las que proceden tales emisiones. Pues, en opinión de la empresa titular de la central nuclear que promueve el litigio, aquel impuesto se inscribe en un régimen de imposición de las fuentes de energía utilizadas para producir electricidad o, cuando menos, en un régimen de

²⁸ Vid. el fundamento 41 de las conclusiones del abogado general Tizzano a la STJUE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-526/04, *Laboratoires Boiron* (NFJ063348).

²⁹ SSTJUE de 4 de junio de 2015, asunto C-5/14 (NFJ058602), *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, fundamento 75, resolución en la que enseguida profundizaré; de 22 de diciembre de 2008, asunto C-487/06, *British Aggregates*, fundamentos 85 y 89; de 15 de noviembre de 2011, asuntos C-106 y 107/09, *Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido*, fundamento 87 (NFJ044770).

³⁰ Este es el requisito que se asume en las conclusiones del abogado general en el asunto 53/00, *Ferring*, fundamentos 36 y siguientes para poder considerar que nos encontramos ante una ayuda prohibida.

imposición de las fuentes de energía utilizadas que no contribuyen a las emisiones de CO₂; y, en este sentido, el impuesto conlleva que no se gravan las fuentes de energía utilizadas para producir electricidad distintas del combustible nuclear (fundamento 76). Pero, de acuerdo con dicha STJUE, no es posible identificar un régimen fiscal que tenga por objeto gravar las fuentes de energía utilizadas para producir electricidad que no producen emisiones de CO₂, ni siquiera un régimen fiscal que tenga por objeto gravar las fuentes de energía utilizadas para producir electricidad (fundamento 77). Junto a ello, considerando el fundamento o razón de ser del gravamen y los efectos que produce³¹, el impuesto enjuiciado en el citado asunto *Kernkraftwerke* tenía como finalidad sanear el presupuesto federal en atención al principio «quien contamina paga», reduciendo la carga que para las finanzas públicas representaba la rehabilitación necesaria de una zona minera en la que se almacenaban residuos radiactivos procedentes del uso de combustible nuclear (fundamento 78). Y sucede que los productores de electricidad que no utilizan combustible nuclear no se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable con la de otros productores de electricidad que sí utilizan dicho combustible, y que sí generan residuos radiactivos, lo cual excluye la existencia de una medida selectiva (fundamento 79). En resumidas cuentas, las «cargas especiales» a las que se someten ciertas formas de producción de energía eléctrica no encajan dentro del concepto de ayuda estatal prohibida, toda vez que no existe un sistema general de referencia de tributación de la producción de electricidad; y aun en el caso de que pudiera identificarse dicho sistema, los productores de electricidad no se encuentran en situaciones fácticas y jurídicas análogas si se atiende a las fuentes energéticas utilizadas y a los efectos medioambientales provocados.

Si proyectamos la doctrina de esta sentencia a los impuestos de la Ley 15/2012 que afectan a la energía nuclear la situación dista de estar clara. Porque si se trata de dilucidar si esos impuestos afectan o no a la competencia, sucede que, a diferencia del ordenamiento tributario alemán, en el sistema tributario español existe quizás un marco de referencia para las empresas productoras de electricidad, es decir, un régimen fiscal que se considera normal y que estaría justamente constituido por el IVPEE que grava, indistintamente, a todas las empresas que producen e incorporan al sistema eléctrico energía eléctrica. Por otro lado, en la STJUE de 4 de junio de 2015, asunto C-5/14 (NFJ058602), se invoca la razón de ser o fundamento del tributo –en el fondo, una justificación basada en la «naturaleza o economía del sistema»– para negar la concurrencia de selectividad en la medida adoptada y afirmar que los productores de energía nuclear no se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a la de otros productores; pues los ingresos obtenidos por la exacción alemana se destinan a la rehabilitación de una zona minera en la que se depositan residuos radiactivos, remitiendo a los principios «quien contamina paga» y de equivalencia. Y esa misma justificación utiliza el legislador español en la exposición de motivos de la Ley 15/2012, al hablar de las «cargas y servidumbres» que ha de asumir la sociedad dadas las peculiaridades de este tipo de energía, con referencias al Plan General de Residuos Radiactivos, a los recursos necesarios para mantener operativos los planes de emergencia nuclear y a la «valoración del coste total del desmantelamiento de las centrales nucleares y la gestión definitiva de los residuos radiactivos». Ahora bien, dicha justificación no tiene refrendo en la afecta-

³¹ En el sentido de las conclusiones del abogado general en el asunto 53/00, *Ferring*, fundamento 39.

ción de los ingresos derivados de la aplicación de estos tributos que se destinan a la financiación genérica del déficit tarifario y, junto a ello, siguen estando vigentes las tasas³² –de cuantía nada desdeñable– por la prestación de servicios de gestión de residuos radiactivos, cuya recaudación financia el Fondo para la financiación de las actividades del Plan General de Residuos Radiactivos; siendo así que la justificación de las «cargas especiales» a que se somete la producción de energía nucleoelectrónica resulta, en mi opinión, más que dudosa.

2.2. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA JORDI BESORA

La armonización de los impuestos especiales, sobre la base del actual artículo 113 del TFUE, se produjo fundamentalmente a través de la Directiva 92/12/CEE. Así, esa directiva estableció cuáles son los productos sujetos a impuestos especiales (inicialmente, hidrocarburos, alcohol y bebidas alcohólicas y labores del tabaco, a los que luego se añadieron la electricidad y otros productos energéticos), el ámbito de aplicación territorial, las normas sobre el devengo, los obligados al pago, el lugar de imposición, el régimen de tenencia, circulación y control de los productos sometidos a impuestos especiales, exenciones y un procedimiento de devolución. En definitiva, aquella directiva articuló el régimen general de los impuestos especiales. Por eso, esa norma es conocida como directiva «marco» u «horizontal». Aquella directiva fue derogada y sustituida por la vigente Directiva 2008/118/CE, que actualiza la anterior eliminando disposiciones obsoletas y mejorando la redacción y la sistemática. Pero, al mismo tiempo, esta directiva introduce cambios sustanciales en dos ámbitos: el primero se refiere a la circulación de los productos sujetos a impuestos especiales en régimen suspensivo (capítulo IV de la directiva), en el que se realizan las modificaciones necesarias como consecuencia de la sustitución del documento de acompañamiento por un documento administrativo electrónico y un sistema informatizado; y el segundo cambio tiene que ver con la circulación e imposición de productos sujetos a impuestos especiales tras su despacho a consumo (capítulo V de la directiva)³³.

Para el objeto de este trabajo debe recordarse que el artículo 1 de la Directiva 2008/118/CE, en sus apartados primero y segundo, limita la facultad de los Estados miembros de crear impuestos sobre consumos específicos. Así, los productos sometidos a impuestos especiales armonizados (entre otros, como hemos dicho, los productos energéticos y la electricidad) solo podrán estar gravados por otros impuestos indirectos que persigan una «finalidad específica», es decir, que no

³² Reguladas en la disposición adicional sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; disposición declarada expresamente vigente por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

³³ *Vid.*, para una visión general, CARRASCO GONZÁLEZ, F. M.: «Fiscalidad de la Unión Europea y su impacto en el Derecho Tributario español», en PÉREZ ROYO, F. (dir.), *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 7.ª edición, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 1.173-1.174. La regulación comunitaria de los impuestos especiales se completa con otras directivas que establecen la estructura del impuesto y una aproximación de tipos de gravamen para cada clase de producto sometido a imposición: Directivas 95/59/CE, 92/79/CEE y 92/80/CEE (labores del tabaco); Directivas 92/83/CEE y 92/84/CEE (alcohol y bebidas alcohólicas) y Directiva 2003/96/CE (hidrocarburos, electricidad y otros productos energéticos).

tengan un objetivo principalmente recaudatorio y, además, siempre que tales impuestos respeten las normas impositivas aplicables en relación con los impuestos especiales y el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) para la determinación de la base imponible, el cálculo de la cuota tributaria, el devengo y el control del impuesto. En este sentido, la Comisión envió un dictamen motivado a las autoridades españolas argumentando que el IVMDH no cumplía con estos dos requisitos. Por ello, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, modificaron la LOFCA y la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, respectivamente, para derogar aquel impuesto con efectos 1 de enero de 2013 e integrarlo en el Impuesto sobre Hidrocarburos, de modo que este tiene ahora un tipo de gravamen estatal y otro tipo autonómico. Posteriormente, la STJUE de 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora*, asunto C-82/12 (NFJ053503), ha confirmado en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mediante Auto de 29 de noviembre de 2011, que ese IVMDH, conocido como «céntimo sanitario», carecía de «finalidad específica», ya fuera ambiental, sanitaria o de cualquier otra naturaleza por tratarse de un gravamen puramente recaudatorio, por lo que resultaba contrario a la citada Directiva 2008/118/CE.

La sentencia *Jordi Besora* es continuista de la jurisprudencia del TJUE de la que se desprende que una finalidad específica es un objetivo distinto del exclusivamente presupuestario³⁴. En el caso del IVMDH el TJUE constata, por una parte, que su recaudación ha sido afectada a la financiación de alguna de las competencias de los entes territoriales que exigen el tributo. Y, por otro lado, en la sentencia se afirma que el hecho de que el IVMDH exprese, mediante la cesión de competencias normativas, el reforzamiento de la autonomía tributaria de unos entes territoriales no deja de ser una característica netamente recaudatoria o presupuestaria del tributo³⁵. En cuanto a la afectación de los ingresos, lo cierto es que el artículo 9, apartado 1, punto 3, de la Ley 24/2001 establecía que los rendimientos de dicho impuesto que resultasen de la suma del tipo de gravamen estatal y del tipo de gravamen establecido por la comunidad autónoma debían afectarse obligatoriamente a atender gastos sanitarios; no obstante, los rendimientos derivados de la aplicación del tipo de gravamen autonómico podían afectarse también a atender gastos en materia de medio ambiente. A juicio de la Generalitat de Catalunya y del Gobierno español ese dato normativo bastaba para aseverar que el IVMDH contribuía por su concepción e incidencia a la «finalidad específica» de reducir los costes sociales provocados por el consumo de hidrocarburos.

Pero la interpretación sostenida por la STJUE de 27 de febrero de 2014 (NFJ053503) es bien distinta. El TJUE comienza declarando que «ya que todo impuesto tiene necesariamente una finalidad presupuestaria, el mero hecho de que un impuesto como el IVMDH tenga finalidad presu-

³⁴ SSTJUE de 24 de febrero de 2000, *Comisión/Francia*, asunto C-434/97, apartado 19 (NFJ008831); de 9 de marzo de 2000, *EKW y Wein & CO*, asunto C-437/97, apartado 31 (NFJ008916); y de 10 de marzo de 2005, *Hermann*, asunto C-491/03, apartado 16 (NFJ020054).

³⁵ Fundamentos 24 y 25, en línea con lo declarado en la STJUE, *EKW y Wein & CO*, asunto C-437/97, fundamento 33 (NFJ008916).

puentaria no basta, por sí mismo, a menos que se prive de todo contenido al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12, para excluir que pueda considerarse que dicho impuesto tiene también una finalidad específica, en el sentido de esta disposición» (apdo. 27)³⁶. Ahora bien, «tal afectación, que resulta de una mera modalidad de organización presupuestaria interna de un Estado miembro, no puede, como tal, constituir un requisito suficiente a este respecto, ya que cualquier Estado miembro puede ordenar la afectación del rendimiento de un impuesto a la financiación de determinados gastos, sea cual sea la finalidad perseguida. En caso contrario, cualquier finalidad podría considerarse específica en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12, lo que privaría al impuesto indirecto armonizado por esta Directiva de todo efecto útil y sería contrario al principio con arreglo al cual una disposición que establece una excepción, como el mencionado artículo 3, apartado 2, debe ser objeto de interpretación estricta» (fundamento 29).

Conviene puntualizar, no obstante, que en esta sentencia no se rechaza de plano que la afectación de los recursos pueda ser, por sí sola, un factor que cumpla las exigencias inherentes a la «finalidad específica» que han de cumplir esos otros impuestos indirectos creados por los Estados y que gravan los mismos productos que el impuesto armonizado. Así lo advierte el abogado general, en los puntos 26 y 27 de sus conclusiones que hace suyas la sentencia que comentamos en su fundamento 28, al decir que la financiación por parte de autoridades regionales de competencias que les ha transferido el Estado en materia de sanidad y medio ambiente podría constituir un elemento que debiera tenerse en cuenta para identificar la existencia de una finalidad específica en el sentido del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE³⁷. El dato presupuestario, por tanto, no es jurídicamente irrelevante a estos efectos. El problema del IVMDH, que ha derivado finalmente en la declaración de su incompatibilidad con el Derecho Europeo, estriba entonces en que la afectación de sus ingresos, aun cuando estaba prevista legalmente, se hacía en unos términos demasiado genéricos –financiación de gastos sanitarios y medioambientales– como para poder satisfacer el requerimiento de «finalidad específica» contenido en la directiva. Y es que, para el fallo del caso enjuiciado, es clave que el impuesto sobre hidrocarburos armonizado ya tiene como finalidad reducir los costes sociales (sanitarios y medioambientales) provocados por el consumo de hidrocarburos, como bien recuerda el abogado general en sus conclusiones (fundamento 21).

Ciertamente el IVMDH no habría sido declarado contrario al Derecho Comunitario si se hubiese tratado de un impuesto de naturaleza extrafiscal. Porque, una vez aclarado que la afectación genérica no constituye una «finalidad específica» en el sentido querido por la Directiva 2008/118/CE, sí la habría constituido en el caso de que el IVMDH hubiera sido concebido, «por lo que respecta a su estructura, en particular al hecho imponible o al tipo de gravamen, de tal modo que disuada a los contribuyentes de utilizar hidrocarburos o que fomente el uso de otros productos cuyos efectos sean menos nocivos para el medioambiente» [fundamento 32 de la STJUE de 27 de febrero de 2014 (NFJ053503)]; algo que no sucedía en el caso del IVMDH.

³⁶ Ya en este sentido se pronunció el TJUE en su Sentencia *EKW y Wein & CO*, asunto C-437/97, fundamento 33 (NFJ008916).

³⁷ Y así lo tenía ya declarado el TJUE en su Sentencia *EKW y Wein & CO*, asunto C-437/97, fundamento 35 (NFJ008916).

Pues bien, una vez expuesta la posición del TJUE sobre el artículo 1.2 de la Directiva 2008/118/CE, resulta necesario preguntarse si los impuestos creados por la Ley 15/2012 podrían correr la misma suerte que el derogado IVMDH. No estamos ante una cuestión menor dados los graves trastornos financieros que podría llevar aparejada la devolución hipotética de cantidades indebidamente ingresadas; devolución que en el caso *Jordi Besora* no se ha limitado en el tiempo por la mala fe que el TJUE ha apreciado en la conducta de las autoridades españolas. Dicho lo cual, se debe afirmar, en primer lugar, que el objeto de los impuestos regulados en la Ley 15/2012 coincide con uno de los productos sometidos a impuestos especiales armonizados: en concreto, la electricidad. En segundo lugar, debemos dar por hecho que la afectación de la recaudación producida por esos impuestos a determinados gastos –como son los costes del sistema eléctrico– no excluye una vulneración del artículo 1.2 de la Directiva 2008/118/CE, ya que en la STJUE de 27 de febrero de 2014 (NFJ053503) se da por sentado que la afectación de los ingresos debe efectuarse a programas de gastos medioambientales o sanitarios. En tercer lugar, difícilmente cabe atribuir naturaleza ambiental, como *finalidad* específica, a ninguno de los impuestos creados por la Ley 15/2012, por cuanto dicha finalidad extrafiscal (ecológica) debería reflejarse, según se dice en la misma sentencia, en la estructura del presupuesto de hecho de los mismos, en particular en el régimen de exenciones y sobre todo en la base imponible u otros elementos de cuantificación como pueden ser bonificaciones, beneficios fiscales o cualquier otra técnica desgravatoria que module la carga tributaria por razón de la mayor o menor protección del entorno natural por los sujetos directa o indirectamente afectados por la exacción. El impuesto ambiental lo es precisamente por sus efectos, es decir, por los incentivos que produce y los impuestos que crea la Ley 15/2012 son puramente recaudatorios.

Ahora bien, la Directiva 2008/118/CE armoniza «impuestos indirectos» y los impuestos creados por la Ley 15/2012 se autocalifican como «directos», razón por la cual parecería que estos quedarían fuera del ámbito de aplicación de la directiva. Para intentar aclarar esta cuestión debemos acudir nuevamente a la ya citada STJUE de 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke*, asunto C-5/14 (NFJ058602), que se planteó una posible vulneración del artículo 1 de la repetida directiva por parte del impuesto alemán sobre el combustible nuclear utilizado para producir comercialmente electricidad, sobre la base de la posibilidad previsible de «repercutir» el impuesto nacional al consumidor mediante el precio de la electricidad. En esa sentencia citada se señala de entrada que es posible la percepción simultánea de un impuesto sobre el consumo de energía eléctrica y de otro impuesto que grave las fuentes de producción de esa energía. A este respecto la sentencia invoca, en su fundamento 51, la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se reestructura el marco comunitario de imposición de los productos energéticos³⁸ donde se dice que como máximo «existen dos maneras de incluir la electricidad en el ámbito de las disposiciones tributarias: gravando los combustibles utilizados en la producción de electricidad (impuesto al *input*) o gravando la propia electricidad (impuesto sobre el *output*)». De esta Propuesta, añade la sentencia, «no resulta que esos dos modos se excluyan, en principio, entre sí y la Comisión Europea admitió su complementariedad reservando, en dicha Propuesta, la posibilidad de que los Estados miembros añadan [al impuesto sobre el *output*] un gravamen al *input* [no armonizado] en el caso

³⁸ DO 1997, C 139, pág. 14.

de combustibles desde un punto de vista medioambiental». Para el TJUE la Comisión no tuvo en ese documento la intención de proponer a los Estados miembros la creación de una obligación de eximir de todo impuesto a los productos no comprendidos en el régimen impositivo armonizado.

En cualquier caso, según la STJUE de 4 de junio de 2015 (NFJ058602), los impuestos a que se refiere la Directiva 2008/118/CE son «indirectos», tal y como se desprende del considerando 9 de la directiva; lo cual quiere decir que gravan directa o indirectamente el «consumo» de los productos energéticos y la electricidad a los que se refiere la Directiva 2003/96/CE (fundamentos 56 y 57). No en vano, dice la sentencia, el propio artículo 4.2 de esta última directiva define el «nivel de imposición» que los Estados miembros aplican a los productos en cuestión como «la carga total que representa la acumulación de todos los impuestos indirectos (a excepción del IVA) calculada directa o indirectamente sobre la cantidad de productos energéticos o de electricidad en el momento de su *puesta en consumo*» (la cursiva es mía). De ahí que, en definitiva, el artículo 1.2 de la Directiva 2008/118/CE –atendiendo a las diversas tradiciones de los Estados miembros– permite que esos Estados introduzcan, además del impuesto especial mínimo, «otros impuestos indirectos que persigan una finalidad específica». En suma, el repetido artículo hace referencia a «impuestos indirectos que gravan el consumo» de los productos armonizados. En el caso que se ventila en la STJUE de 4 de junio de 2015 (NFJ058602) la cantidad de electricidad producida, a juicio del TJUE, no viene directamente condicionada en el impuesto alemán enjuiciado por la cantidad de combustible nuclear utilizado, sino que puede variar en función de la naturaleza y las propiedades del combustible utilizado y del grado de rendimiento del reactor de que se trate (fundamentos 58 a 63).

Por otra parte, el impuesto «se percibe no directamente del consumidor del producto» armonizado³⁹ sino del «productor de electricidad», con lo cual el TJUE viene a confirmar que se trata de un impuesto directo y, por tanto, no armonizado. Es cierto que la STJUE de 4 de junio de 2015 (NFJ058602) admite, en línea con las conclusiones del abogado general (punto 61), que «el consumidor final podría, en principio, soportar íntegramente el peso económico de este impuesto de manera indirecta, si el productor incluyese su importe en el precio de cantidad del producto puesta al consumo, de modo que ese impuesto sea neutro para dicho productor». Ahora bien, para el TJUE resulta decisivo –y aquí se asume el análisis realizado por el tribunal remitente de la cuestión prejudicial– que el impuesto analizado «no puede repercutirse íntegramente al consumidor final de electricidad debido a la naturaleza particular de este producto, que no permite determinar el origen de una cantidad dada del mismo, y al mecanismo de formación del precio de la electricidad vigente en Alemania, caracterizado porque este precio es, en esencia, un precio único que resulta de las negociaciones en la Bolsa eléctrica» (fundamento 64). En consecuencia, no existe «una relación directa e indisoluble entre el uso de combustible nuclear y el consumo de la electricidad producida por un reactor de una central nuclear»; lo cual conduce a que el

³⁹ Como ocurría con el impuesto sueco que fue declarado incompatible con la Directiva 92/12/CEE por la STJCE de 10 de junio de 1999, asunto C-346/97 (NFJ007846), y que gravaba a las compañías comerciales aéreas por razón de las emisiones contaminantes provocadas por el consumo de queroseno, modulándose la cuantía del tributo sobre los datos del consumo. *Vid.* un comentario crítico a esta resolución en ORTIZ CALLE, E.: «Armonización comunitaria de la imposición especial de hidrocarburos y fiscalidad medioambiental», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 189, 2000, pág. 91 y ss.

impuesto tampoco pueda considerarse «calculado directa o indirectamente sobre la cantidad de electricidad en el momento de la puesta al consumo de ese producto», pues el impuesto no grava el consumo y no existe, en definitiva, vulneración del artículo 1.2 de la Directiva 2008/118/CE.

Si proyectamos esta jurisprudencia sobre los tributos de la Ley 15/2012, muy probablemente quedan a salvo de una posible vulneración del artículo 1 de la Directiva 2008/118/CE los Impuestos sobre la producción y almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos. Más dudas generan el Canon por utilización de aguas continentales para la producción de energía eléctrica y, sobre todo, el IVPEE, toda vez que este tributo, si bien designa como contribuyentes a los productores y tiene la naturaleza de directo, selecciona como objeto imponible directamente el producto armonizado «electricidad» y no un elemento auxiliar o resultante de tal producción como es el combustible nuclear, lo que haría ciertamente difícil negar la existencia de una relación indisoluble entre dicho elemento y el consumo de electricidad. Porque habrá que demostrar que las empresas que realizan las actividades de producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica no terminan trasladando económicamente sobre el consumidor –aunque sea vía precios y no a través de la repercusión formal y en factura de las cuotas– el coste representado por el IVPEE a través de los mecanismos previstos en el complejo mercado de producción de energía eléctrica, en el que tienen lugar las transacciones comerciales de compra y venta de energía y otros servicios relacionados con el suministro.

3. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES

3.1. «TRIBUTOS ESPECIALES» Y AFECTACIÓN DE LOS INGRESOS

Entrando ahora en los problemas constitucionales de los nuevos impuestos regulados en la Ley 15/2012, es necesario preguntarse por su propia justificación. En efecto, el IVPEE no pretende gravar el consumo de energía eléctrica sino directamente la «capacidad económica de los productores» de la misma, como literalmente señala la exposición de motivos de la Ley 15/2012. Precisamente por ello el impuesto se autocalifica en el artículo 1 de dicha ley como directo. La incorrección técnica en que incurre el legislador es muy grave, pues cabe preguntarse cuál es esa especial manifestación de capacidad económica que se concreta en «la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica medida en barras de central», de acuerdo con la definición de hecho imponible contenida en el artículo 2 de la misma ley. Más correcto hubiera sido reconocer que se grava una parte de los beneficios de los productores de energía eléctrica al objeto de financiar parcialmente los costes del sistema eléctrico previstos en el artículo 13 de la LSE. Se parte de la idea de que las instalaciones de generación originan importantes inversiones en las redes de transporte y distribución de energía eléctrica para poder evacuar la energía que vierten sobre las mismas, además de tomar en consideración los efectos medioambientales originados por tales infraestructuras y por la generación de electricidad. Y, según ya hemos apuntado, los productores de energía nuclear, así como los que utilizan aguas continentales para la generación de electricidad, resultan gravados adicionalmente a través de los impuestos ya mencionados: los que gravan

la producción de energía hidroeléctrica aprovechando el recurso natural citado, por un lado, y la producción y el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos, por otro.

Pues bien, creo que es necesario interrogarse, desde una perspectiva estrictamente jurídico-constitucional, por los motivos que existen, si es que los hubiera, para el establecimiento de estos impuestos sobre las empresas que operan en el sector eléctrico, cuando esas mismas empresas son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y, por lo tanto, sus beneficios ya son gravados por razón de la capacidad económica manifestada en la obtención de renta. Porque salvo que se aceptara, en línea con lo sugerido por la exposición de motivos de la Ley 15/2012, que la producción de energía eléctrica constituye en cuanto tal una manifestación de riqueza –lo cual evidentemente no es así–, resulta necesario buscar una justificación para la carga tributaria suplementaria que recae sobre las empresas de ese sector de la economía, lo que podría vulnerar los principios de capacidad económica, igualdad y generalidad consagrados en el artículo 31.1 de la Constitución; máxime cuando, como antes hemos indicado, los impuestos que ocupan nuestra atención carecen de cualquier finalidad extrafiscal, ambiental o de cualquier otro tipo, al tratarse de tributos puramente recaudatorios que pretenden hacer frente al problema del déficit tarifario. Justamente estas razones son las que ha invocado el Tribunal Supremo en los Autos dictados el 14 de junio de 2016 en los que se plantean cuestiones de inconstitucionalidad en relación con doce artículos del IVPEE y los Impuestos que gravan la producción y el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos; autos que enfatizan una «doble imposición económica» en relación con el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) en el caso del IVPEE, y en relación con las tasas que ya gravan el almacenamiento y la gestión de los residuos radiactivos para el supuesto de los impuestos de la Ley 15/2012 que recaen sobre la energía nucleoelectrónica; pues, aun reconociendo que no existe una prohibición constitucional expresa de doble imposición, para el Tribunal Supremo podría estarse vulnerando el artículo 31.1 al incidir estos tributos sobre la misma capacidad y carecer los creados por la Ley 15/2012 de finalidad ambiental⁴⁰.

Urgiendo, pues, encontrar, si es que fuera posible, una justificación constitucional a los impuestos creados por la Ley 15/2012, creo que estos podrían encajar dentro de la categoría de los «tributos especiales» (*Sonderabgaben*) configurada por la doctrina científica y la jurisprudencia constitucional alemanas. Tributos en los que, al igual que sucede con los impuestos, su devengo no obedece a ningún tipo de contraprestación pero que, a diferencia de aquellos, no configuran como deudores a la generalidad de los contribuyentes sino, exclusivamente, a determinados grupos de personas seleccionadas para la financiación de específicas funciones públicas o actividades administrativas⁴¹.

⁴⁰ El planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad ha sido acordado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo al examinar los recursos de UNESA (Asociación Española de Industria Eléctrica), Iberdrola y Endesa contra las órdenes de Hacienda que establecen los modelos de dichos impuestos. Se trata de los Autos de 14 de junio de 2016, rees. núms. 2554/2014 (NFJ063074), 2955/2014 (NFJ063103), 3240/2014 (NFJ063081) y 3817/2014 (NFJ063082).

⁴¹ Una visión de conjunto sobre el origen de esta categoría dogmática, su significado y cómo ha sido asimilada por la jurisprudencia constitucional alemana, en BIRK, DESENS y TAPPE, *Steuerrecht*, 16 Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, Rz. 121 y ss.

Así, los «tributos especiales» son prestaciones patrimoniales públicas en cuyo presupuesto normativo no hay una actividad administrativa ni la concesión de una ventaja específica por los poderes públicos de la que el tributo constituya una suerte de contraprestación, de modo que desde la perspectiva de la estructura de su presupuesto de hecho o hecho imponible nos encontraríamos ante un impuesto. Un tipo singular de impuesto, pues estos *Sonderabgaben* presentan la característica de que los ingresos por ellos generados no afluyen a la caja general con que se sufragan indistintamente todos los gastos públicos, sino que nutren «fondos especiales» (*Sonderfonds*), con lo que se pone en cuestión la competencia constitucional del Parlamento sobre el presupuesto, lo cual aproxima estas figuras al fenómeno de lo que en España se ha conocido como parafiscalidad⁴².

A partir de estas premisas todo indica que nos encontramos aquí ante «tributos especiales», que resultan problemáticos desde el punto de vista constitucional, tanto por una posible colisión con el principio de igualdad, como debido a la erosión de la competencia del poder legislativo sobre el presupuesto y, por si ello no fuera suficiente, por su dudosa compatibilidad con otro principio, arraigado en el derecho público alemán, que es el de «Estado impositivo» (*Steuers-taatsprinzip*). En efecto, la Constitución alemana, a diferencia significativamente de la española, contiene una regulación muy detallada sobre la distribución de competencias normativas, de reparto de los ingresos y de gestión en relación con los impuestos, específicamente designados y, en consecuencia, constitucionalizados. De ello se deduce que la Constitución financiera adopta una decisión, que vincula lógicamente al legislador, en el sentido de que el sostenimiento de los gastos públicos debe descansar, esencialmente, en impuestos. Esto condiciona a los «tributos especiales» que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional alemana, únicamente son admisibles bajo el cumplimiento de rígidas condiciones que se hacen, si cabe, todavía más exigentes en el caso de que el «tributo especial» no persiga ninguna finalidad extrafiscal⁴³.

Estas condiciones se concretan, en primer lugar, en la necesidad de que el nivel de Hacienda territorial que crea el «tributo especial» tenga competencias materiales sobre el ámbito o sector de la realidad en el que incide. En segundo lugar, la exacción debe seleccionar como obligado al pago a un «grupo homogéneo» que, por razón de sus intereses comunes o por sus características específicas, resulte claramente distinguible o separable de la generalidad de los contribuyentes y de otros grupos. En tercer lugar, dicho grupo, que soporta la carga tributaria especial, debe encontrarse más próximo que cualquier otro grupo o la generalidad de los contribuyentes a la actividad pública que se va a financiar mediante el «tributo especial», de manera que concurra en aquel una suerte de «responsabilidad en la financiación» (*Finanzierungsverantwortlichkeit*). Los ingresos producidos por el tributo especial deben ser utilizados, en cuarto lugar, mayoritariamente en beneficio del grupo (*gruppenmützig*). Y la quinta y última condición que exige el Tribunal Constitucional alemán se traduce en un deber concreto que incumbe al poder ejecutivo y al legislador,

⁴² Sobre la parafiscalidad es todavía imprescindible MATEO RODRÍGUEZ, L.: *La tributación parafiscal*, Colegio Universitario de León, León, 1978.

⁴³ *Vid.* BIRK, DESENS y TAPPE, *Steuerrecht*, cit., Rz. 122 y ss.

al elaborar y aprobar los presupuestos, de informar en una sección específica del documento presupuestario acerca de la cuantía y el destino de los «fondos especiales»⁴⁴.

Somos conscientes de los riesgos que supone trasladar mecánicamente y sin los debidos matices doctrinas jurisprudenciales o construcciones dogmáticas elaboradas y aplicadas en ordenamientos jurídicos extranjeros. Ahora bien, también hay que dejar constancia de las similitudes que se advierten en la creación de exacciones de dudosa naturaleza jurídica que seleccionan un círculo reducido de obligados y cuyos ingresos no financian indistintamente todos los gastos públicos, por lo que, cuanto menos, habrá que conceder que tales exacciones requerirán de alguna justificación que disipe las dudas que razonablemente se plantean en relación con los principios de igualdad tributaria⁴⁵ y de universalidad presupuestaria (arts. 31.1 y 134.2 de la Constitución). Trasladando esos requisitos elaborados por la jurisprudencia constitucional alemana a los impuestos creados por la Ley 15/2012, parece que el legislador estatal ostenta tanto competencias materiales como tributarias para regular fiscalmente el sector: en particular, los artículos 149.1.22.º y 25.º –por lo que hace a los aspectos materiales– y el artículo 149.1.14.º, en relación con los hacendísticos. Por otro lado, el grupo seleccionado como contribuyente de estos tributos es suficientemente homogéneo, por tratarse de las empresas productoras de energía eléctrica; empresas a las que cabe atribuir determinada «responsabilidad en la financiación» de los llamados «costes del sistema eléctrico», puesto que las instalaciones de los productores originan importantes inversiones en las redes de transporte y distribución para poder evacuar la energía eléctrica que vierten a las mismas y comportan, por sí o como resultas de la propia existencia y desarrollo de tales redes, indudables efectos medioambientales, así como la generación de muy relevantes costes necesarios para el mantenimiento de la garantía de suministro; razón por la cual está justificado que el tributo recaiga sobre ese «círculo restringido de contribuyentes», puesto que los gastos generados por estos tributos especiales serán utilizados en beneficio del grupo.

En cualquier caso, para el juicio de constitucionalidad adquiere relevancia el dato de que seguramente ninguno de los impuestos regulados en la Ley 15/2012 vaya a provocar doble imposición con el Impuesto sobre Sociedades porque, aun cuando los contribuyentes son sujetos pasivos, sin excepción, de este último tributo, la Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Tributos, en contestación a consulta vinculante⁴⁶, ha declarado que la cuota del IVPEE constituye un gasto contable fiscalmente deducible en el Impuesto sobre Sociedades, siempre que cumpla las condiciones legalmente establecidas en términos de inscripción contable, imputación con arreglo a devengo, correlación de ingresos y gastos y justificación documental, y con la condición de que no tenga la consideración de gasto fiscalmente no deducible por aplicación de algún precepto específico de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre

⁴⁴ Cfr. BIRK, DESENS y TAPPE, *Steuerrecht*, cit., Rz. 123-124.

⁴⁵ Esas dudas, como es de todo punto lógico, le han surgido al Tribunal Supremo en los autos de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de los que hemos dado cuenta en la nota 40 de este trabajo.

⁴⁶ V3371/2014 (NFC053385).

Sociedades. Al no existir tal precepto es perfectamente lícita la deducción de la cuota del IVPEE en la base imponible de aquel impuesto, deducción que debería extenderse a las cuotas de los restantes tributos regulados en la Ley 15/2012. No obstante, la doble imposición económica puede aparecer en relación con el IAE y así lo ha visto el Tribunal Supremo en los autos de planteamiento de cuestión de constitucionalidad de los que más arriba he dado cuenta.

Por otra parte, requiere de alguna justificación que los ingresos obtenidos por los impuestos regulados en la Ley 15/2012 se afecten a la financiación de los costes del sistema eléctrico, partiendo de que el artículo 13.2 d) de la LSE dispone que tales costes serán financiados mediante los ingresos del sistema eléctrico que comprenderán, entre otros, los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución y los cargos que se establezcan para el pago de las otras partidas de costes que no sean cubiertas por otros ingresos, «las partidas provenientes de los Presupuestos Generales del Estado». Esto nos enfrenta directamente con la vieja cuestión de los impuestos finalistas o, lo que es lo mismo, de los tributos cuya recaudación queda afectada legalmente a la cobertura de gastos concretos; impuestos que rompen el principio de no afectación que explicita el artículo 27.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, al prescribir que «Los recursos del Estado [...] se destinarán a satisfacer el conjunto de sus respectivas obligaciones, salvo que por ley se establezca su afectación a fines determinados». Los tributos finalistas han sido objeto de duras críticas por la ciencia hacendística por propiciar la creación de grupos de intereses, producir un estrechamiento de la flexibilidad en la gestión del presupuesto y eliminar la conveniente distancia entre la posición de contribuyente y los gastos sufragados. Desde el punto de vista constitucional resulta ya más complicado formular objeciones habida cuenta el rango legal del principio de no afectación. No obstante, conviene aclarar que si fuera posible entroncar dicho principio con el constitucionalizado de universalidad presupuestaria, la tacha de inconstitucionalidad se circunscribiría a la afectación en sí misma pero dejaría a salvo el tributo aisladamente considerado⁴⁷. Cuestión distinta es que el legislador presupuestario siempre estaría en condiciones de dejar sin efecto la afectación dispuesta en una ley anterior, teniendo en cuenta que los presupuestos tienen naturaleza de ley en sentido formal y material como tempranamente declaró el Tribunal Constitucional; pues aunque el artículo 66 de la Constitución española atribuye a las Cortes Generales, de modo diferenciado, la potestad legislativa y la presupuestaria, no debe entenderse más que como relevancia de esta segunda función, pero no como declaración de que queda ajena a la primera. Así lo ratifica el artículo 134 de la Constitución que, al regular la Ley de Presupuestos, atribuye a las Cortes su «examen, enmienda y aprobación», en parangón con cualquier otra ley⁴⁸. Todo ello sin perjuicio de que los criterios de *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali* apoyarían que la Ley de Presupuestos desatendiera el

⁴⁷ *Vid.*, en la doctrina alemana planteando un problema muy similar, WERNSMANN, R.: *Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pág. 426 y ss. Este autor apunta no obstante que, en ocasiones, la justificación de un «tributo especial» que carece de finalidad extrafiscal se encuentra precisamente en la afectación de sus ingresos a determinados gastos.

⁴⁸ SSTC 27/1981 (NFJ000001) y 76/1992 (NFJ001644), entre muchas otras; en la doctrina MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ y CASADO OLLERO, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 828.

mandato legal de afectación. Y es que, en el fondo, no existe ninguna autovinculación del legislador (tampoco del presupuestario) porque ello colisionaría con el principio democrático. Ahora bien, si el poder presupuestario que la Constitución atribuye al Parlamento se identifica con la función constitucional de la Ley de Presupuestos en la que el órgano legislativo aprueba el programa económico presentado por el Gobierno de la Nación, señalando las grandes líneas de gasto en su globalidad y los ingresos que han de financiarlo, cabría atribuir al principio de no afectación un rango constitucional como manifestación del de universalidad presupuestaria, no en el sentido de impedir que excepcionalmente el conjunto de los ingresos no financie indistintamente el conjunto de los gastos, sino de invocar una justificación para quebrar esa valoración unitaria de los ingresos y gastos que se deriva de la norma fundamental⁴⁹.

La justificación, en el caso que analizamos, se concretaría en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico y en el conocido como déficit tarifario que pone en peligro la misma. Justamente esta situación que, aunque supuestamente coyuntural, viene prolongándose en el tiempo motivaría que los ingresos generados por los impuestos regulados en la Ley 15/2012 se afecten a la financiación del déficit tarifario. Pues el principio de sostenibilidad económica y financiera se ha erigido en un principio rector de las actuaciones de las Administraciones públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la LSE. En virtud del mismo y tal como se subraya en la exposición de motivos de la citada ley, cualquier medida normativa en relación con el sector que suponga un incremento de coste para el sistema eléctrico o una reducción de ingresos deberá incorporar una reducción equivalente de otras partidas de costes o un incremento equivalente de ingresos que asegure el equilibrio del sistema. De esta manera se descarta definitivamente la posibilidad de acumulación de nuevos déficits a partir de la entrada en vigor de la LSE.

3.2. CONFLICTOS CON TRIBUTOS AUTONÓMICOS

Igualmente desde la perspectiva constitucional los nuevos gravámenes regulados en la Ley 15/2012 afectan a la distribución de competencias financieras. Hay que destacar que la ausencia de una política general en materia de fiscalidad de la energía, tanto a nivel estatal como comunitario europeo, se refleja en un marco normativo autonómico de gran complejidad y plagado de ineficiencias, que contrasta, además, con la necesidad de los operadores jurídicos y económicos –y también de las Haciendas Públicas– de contar con un referente claro capaz de satisfacer las mínimas exigencias de seguridad jurídica⁵⁰. En efecto, es de notar que el Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario ha criticado duramente las iniciativas legislativas autonómicas en este sector. Pues la mayoría de estos impuestos autonómicos se autodenominan como ambientales, pese a que muchos de ellos resultan inadecuados para conseguir

⁴⁹ Así, WERNSMANN, R.: *Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem*, cit., págs. 449-450.

⁵⁰ *Cfr.* VILLAR EZCURRA, M.: «Fiscalidad de la energía en el ámbito autonómico y ayudas de Estado», *RCyT*. CEF, núm. 393, 2015, pág. 32.

finés ecológicos –es decir, para modificar conductas dañinas para el medio ambiente a través de la internalización de costes– y presentan una mínima capacidad recaudatoria para las comunidades autónomas, al tiempo que resultan muy gravosos para los escasos sujetos pasivos afectados. Además, la falta de armonización o de una mínima coordinación incrementa los costes indirectos para los contribuyentes, dificulta la aplicación de las normas y constituye una importante barrera de entrada para posibles empresas de nueva creación que pretendan desarrollar las actividades gravadas. Por si no fuera ya bastante complejo el panorama, también algunas Haciendas locales han sido imaginativas a la hora de crear tasas medioambientales –fundamentalmente en el ámbito de los residuos y del aprovechamiento especial del dominio público, pero también sobre el ruido y las emisiones atmosféricas– sin que el Estado haya acertado a encauzar estas iniciativas a través de un adecuado marco normativo integrado en la Ley de Haciendas Locales⁵¹. En mi opinión, las iniciativas autonómicas y locales no merecen una descalificación general o apriorística, pues probablemente existen determinadas fuentes de contaminación cuyas externalidades puedan y deban ser abordadas fiscalmente desde los poderes autonómicos y locales, como podría ser el supuesto de los residuos y, en particular, el tratamiento fiscal de los vertederos. El problema reside más bien en que no se han aprovechado desde la instancia estatal o general las posibilidades de coordinación o armonización que ofrece el orden constitucional, preservando desde luego el espacio de autonomía que ese mismo orden reconoce a todas las Haciendas territoriales.

Si bien los primeros impuestos propios de las comunidades autónomas surgen a comienzos de los años 80 del pasado siglo, la explosión de la imposición energético-ambiental ha tenido lugar, en gran medida, en los últimos diez años en que se multiplican las iniciativas legislativas autonómicas en este sector, en parte motivadas por el deseo de encontrar nuevas fuentes de financiación en un escenario de crisis económica y financiera global. Y es que, en la actualidad, la mayoría de los impuestos ambientales autonómicos, bajo la forma de tributos propios, están precisamente relacionados con la energía, pudiendo agruparse en distintas categorías, a saber: Impuestos sobre las emisiones de gases contaminantes a la atmósfera, Impuestos sobre instalaciones y actividades que inciden en el medio ambiente, Impuestos sobre residuos energéticos; Cánones eólicos e Impuestos sobre aguas embalsadas⁵².

Para el objeto de nuestro análisis resulta imprescindible clarificar en qué situación jurídica quedan los tributos autonómicos que eventualmente puedan entrar en conflicto con los nuevos gravámenes estatales creados por la Ley 15/2012 y qué espacio resta a las comunidades autónomas para crear sus propios tributos en el sector energético. El propio legislador estatal es consciente de este problema, ya que la disposición adicional primera de la Ley 15/2012 prevé, en su apartado 1, que «En la medida en que los tributos que establece esta ley recaigan sobre hechos imponibles gravados por las comunidades autónomas y esto produzca una disminución de sus ingresos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre,

⁵¹ Vid. el Informe..., cit., págs. 317-318.

⁵² Cfr. VILLAR EZCURRA, M.: «Fiscalidad de la energía...», cit., pág. 40 y ss.

de Financiación de las Comunidades Autónomas», esto es, dicha disposición adicional remite al deber de compensación del Estado por la eventual pérdida de recursos financieros de las comunidades autónomas. Dicho artículo 6.2, como es sobradamente sabido, prohíbe que las comunidades autónomas establezcan tributos que recaigan «sobre hechos imponibles gravados por el Estado».

Pues bien, el nuevo IVPEE es perfectamente compatible con algunos tributos propios autonómicos sobre emisiones como el Impuesto gallego sobre la contaminación atmosférica (Ley 12/1995, de 29 de diciembre) que grava la emisión a la atmósfera de dióxido de azufre o cualquier otro oxigenado de azufre, así como de dióxido de nitrógeno o cualquier otro compuesto oxigenado de nitrógeno o, entre otros, con el Impuesto murciano por emisiones de gases contaminantes a la atmósfera (Ley 9/2005, de 29 de diciembre) y los Impuestos catalanes sobre la emisión de óxidos de nitrógeno a la atmósfera producida por la aviación comercial y sobre la emisión de gases y partículas a la atmósfera producida por la industria (Ley 12/2014, de 10 de octubre). En todos estos tributos autonómicos sobre emisiones la base imponible se calcula sobre el volumen de las sustancias contaminantes descargadas a la atmósfera, por lo que no solo no hay solapamiento con impuestos estatales que gravan el consumo de electricidad –como el Impuesto sobre la Electricidad [ya así lo declaró la STC 60/2013 (NFJ050497), en relación con el Impuesto castellano-manchego (Ley 16/2005, de 29 de diciembre) sobre emisiones a la atmósfera de dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno o cualquier otro compuesto oxigenado del azufre o del nitrógeno]– sino tampoco con los que inciden en la producción de la misma.

Por el contrario, directamente incompatible con el IVPEE es cualquier tributo autonómico que grave la *producción de energía eléctrica*. La STC 196/2012 (NCJ057491) ya declaró inconstitucional la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 11/2000, de 26 de diciembre, que regulaba un tributo de estas características, al coincidir su hecho imponible con el del IAE. Mucho más recientemente fue declarado inconstitucional, por la STC 74/2016 (NCJ061182), el Impuesto catalán sobre la producción de energía eléctrica de origen nuclear (Ley 12/2014, de 10 de octubre); el tributo autonómico escogía como hecho imponible la «utilización de combustible nuclear» y el estatal, creado por la Ley 15/2012, la «producción» del mismo, diferencia de dicción que lógicamente no ha impedido al Tribunal Constitucional apreciar la existencia de doble imposición. Apuntemos que con anterioridad la STC 60/2013 (NFJ050497) declaró inconstitucional el hecho imponible «producción termonuclear de energía eléctrica» del Impuesto castellano-manchego sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente (Ley 16/2005) por coincidir su hecho imponible, una vez más, con el de IAE y carecer de finalidad medioambiental; evidentemente, por hipótesis también cabría haber apreciado coincidencia de hechos con el último impuesto estatal citado y con el IVPEE.

Los impuestos autonómicos que gravan la producción, la distribución o el transporte de energía eléctrica *por relación a las instalaciones* en las cuales se realizan tales actividades no se solapan con el IVPEE y no plantean problemas de constitucionalidad si respetan la doctrina sentada en la STC 289/2000 (NFJ010001), que declaró inconstitucional el Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente (Ley 12/1991, de 20 de diciembre), es decir, si persiguen realmente un objetivo extrafiscal de protección ambiental, que estaría relacionado con el impacto visual o paisajístico de dichas instalaciones. Sería el caso, por poner un ejemplo sig-

nificativo, del Impuesto asturiano sobre el desarrollo de determinadas actividades que inciden en el medio ambiente (DLeg. 1/2014, de 23 de julio); tributo cuyo presupuesto normativo está constituido por la realización por el sujeto pasivo, mediante instalaciones y demás elementos patrimoniales de, entre otras, las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, calculándose la base imponible sobre el parámetro de la extensión kilométrica de las instalaciones y el número de postes, torres y antenas.

Impuestos como el castellano-leonés, entre muchos otros, sobre la afección medioambiental causada por determinados aprovechamientos del agua embalsada (DLeg. 1/2013, de 12 de septiembre) podrán seguir exigiéndose, siempre que se cuantifiquen utilizando parámetros distintos al valor económico de la energía producida, que es el método de cálculo de la base imponible utilizado por el IVPEE, y se apliquen exclusivamente a aguas embalsadas mediante presas situadas en el territorio de una comunidad autónoma, esto es, no recaigan sobre las aguas intercomunitarias, sobre las cuales el Estado es competente, para evitar que el objeto imponible autonómico coincida con el del Canon estatal por utilización de aguas continentales para la producción de energía eléctrica. Los hechos imponibles de los llamados cánones eólicos, del que constituye un buen ejemplo el gallego (Ley 8/2009, de 22 de diciembre) no coinciden con los de ninguno de los tributos creados por la Ley 15/2012, al gravarse la generación de afecciones e impactos visuales y ambientales de la instalación en parques eólicos de aerogeneradores, cuantificándose el tributo por referencia al número de aerogeneradores al que se aplican determinadas unidades monetarias para calcular la cuota.

Mención aparte merecen, por un lado, el Impuesto extremeño que grava las actividades de producción, almacenaje y transformación de energía eléctrica (DLeg. 2/2006, de 12 de diciembre), que fue declarado inconstitucional por la STC 22/2015 (NFJ057547) por coincidir su hecho imponible con el del IAE. La base imponible en el impuesto extremeño se calculaba, para la actividad de producción, por la producción bruta media de los tres últimos ejercicios expresada en kilovatios/hora. Significativamente se declaraba no sujeta la producción de energía eléctrica en instalaciones que utilizaran como energía primaria la energía solar o la eólica y en centrales que empleasen como combustible principal la biomasa o el biogás, salvo que estas alteraran de modo grave y evidente el medio ambiente. Los ingresos recaudados financiaban programas de fomento de energías renovables, tecnologías limpias y ahorradoras de energía, así como medidas de descontaminación y mejoras ambientales en el sector energético y programas de utilización racional de la energía que fomentaran el ahorro de la misma. Y, por otra parte, idéntica suerte debería correr –es decir, la declaración de inconstitucionalidad– el Impuesto valenciano sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente (Ley 10/2012, de 21 de diciembre), que grava por los mismos motivos que el impuesto extremeño la producción de energía eléctrica, declarando exentas las mismas producciones (solar, eólica, etc.) que el impuesto extremeño declaraba no sujetas, existiendo en lo tocante a la base imponible también identidad de parámetros. Ambos impuestos introducen, como acabo de señalar, elementos ambientales en la regulación de los supuestos de exención y no sujeción, al otorgar un trato favorable a determinados tipos de energía como la solar y la eólica. Pues bien, la introducción de esos elementos ambientales, mediante la previsión de supuestos exentos o no sujetos o la afectación de la recaudación a programas de gasto público para la protección del entorno natural, resulta insuficiente para justificar la constitucionalidad de estos tributos a la luz de la doctrina sentada por la STC

179/2006 (NFJ022731), pues la finalidad extrafiscal debe plasmarse en la estructura del hecho imponible y no solo en la regulación de los supuestos de exención o no sujeción.

En cualquier caso, el IVPEE, que grava con carácter general la actividad de producción de energía eléctrica, no debería coexistir con los tributos autonómicos que someten a imposición determinadas modalidades específicas de producción energética, o los que gravan las actividades de transporte o distribución de energía eléctrica por referencia a las instalaciones precisas para realizar tales actividades, sin introducir verdaderos elementos de extrafiscalidad en su régimen jurídico. Esta afirmación se sustenta en que esos tributos incurren en inconstitucionalidad, como el Tribunal Constitucional ya lo ha declarado en relación con alguno de esos impuestos autonómicos [SSTC 289/2000 (NFJ010001), 179/2006 (NFJ022731) y 196/2012 (NCJ057491)], toda vez que cualquier tributo autonómico que suponga doble imposición al hacer recaer una carga tributaria sobre cualquier actividad económica ya gravada por un tributo estatal (o local) y que no tenga carácter extrafiscal, debe ser expulsado del ordenamiento por incurrir en inconstitucionalidad y contradecir, junto a ello, la propia lógica del reparto de competencias de acuerdo con el criterio de legislación concurrente. Y conviene destacar, como han declarado las SSTC 289/2000 (NFJ010001) (FJ 5), 60/2013 (NFJ050497), (FJ 3) y 53/2014 (NCJ058422) (FJ 3), que para que un tributo pueda calificarse de extrafiscal de su régimen jurídico deben derivarse medidas de estímulo, bien en sentido negativo o positivo, que influyan en las conductas de los sujetos afectados por el tributo en la dirección adecuada para la consecución de la finalidad de ordenación pretendida, no bastando declaraciones enfáticas del legislador invocando principios o valores constitucionales.

En relación con el impuesto estatal creado en la Ley 15/2012 sobre el almacenamiento de residuos radiactivos, tenemos que decir que la STC 196/2012 (NCJ057491) declaró inconstitucional el impuesto castellano-manchego que gravaba el almacenamiento de residuos radiactivos (Ley 11/2000, de 26 de diciembre). Poco después la STC 60/2013 (NFJ050497) anuló otro impuesto castellano-manchego similar (Ley 16/2005, de 29 de diciembre), en el que la única diferencia que se introducía consistía en modular los tipos de gravamen aplicables en función de la alta, media o baja actividad de los residuos radiactivos almacenados. El tribunal fundamenta en ambas sentencias las declaraciones de inconstitucionalidad en que los impuestos autonómicos no son extrafiscales con una finalidad medioambiental, sino que gravan el mero ejercicio de una actividad económica; razón por la cual existe un solapamiento con el hecho imponible del IAE. La doble imposición se daría también de forma evidente con el impuesto regulado en la Ley 15/2012. La propia STC 196/2012 (NCJ057491) advierte de que su doctrina no es contradictoria con el ATC 456/2007 que no apreció tacha de inconstitucionalidad en el Impuesto andaluz sobre depósitos de residuos radiactivos, creado por la Ley 18/2003, al apreciar una finalidad extrafiscal en este último que estaba ausente en el castellano-manchego. No obstante, la disposición adicional decimoquinta de la Ley 7/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014, deja sin efecto, mientras exista un impuesto estatal que grave el mismo hecho imponible, los artículos 56 a 64 de la citada Ley 18/2003 en los que se regula el impuesto autonómico. La Hacienda estatal, por mandato expreso del artículo 6.2 de la LOFCA, deberá compensar a la comunidad autónoma la disminución de ingresos causada por el ejercicio por el Estado de su potestad originaria de establecer tributos al crear mediante la Ley 15/2012 el Impuesto sobre almacenamiento de residuos radiactivos.

4. CONCLUSIONES

La acumulación de impuestos en el sector eléctrico no responde a una idea clara por parte del legislador de las líneas fundamentales que deben inspirar la fiscalidad en este ámbito de la realidad social. Esa falta de sistema produce problemas de encaje en los ordenamientos comunitario y constitucional. Desde la perspectiva del régimen de ayudas de Estado, los impuestos que gravan a las centrales nucleares pueden afectar a la libre competencia en la medida en que existe un marco fiscal general de referencia para los productores en el sector eléctrico, constituido por el IVPEE y del que ya son contribuyentes los productores de energía nucleoelectrónica, y la justificación basada en el principio quien contamina paga decae por la existencia de tasas por la prestación de servicios de gestión de residuos radiactivos. Igualmente resulta cuestionable la sobreimposición a que se someten las centrales hidroeléctricas que utilizan aguas continentales. También desde el punto de vista del Derecho Europeo no cabe descartar una infracción del artículo 1 de la Directiva 2008/118/CE, que limita la facultad de los Estados miembros de crear impuestos sobre consumos específicos, en el caso de que la carga tributaria representada por impuestos como el IVPEE, a través del complejo mecanismo de formación del precio de la electricidad, acabara recayendo sobre los consumidores. Desde el punto de vista constitucional, la primera objeción que surge del análisis del régimen jurídico de los impuestos creados por la Ley 15/2012 guarda relación con el fundamento de unos gravámenes que recaen sobre un círculo muy restringido de contribuyentes que ya satisfacen otros tributos por la capacidad económica que manifiestan por la obtención de renta, lo que puede contravenir los principios de igualdad y generalidad dada la doble imposición económica que esta situación genera, sobre todo en relación con el IAE. El destino dado a la recaudación para la financiación del déficit tarifario también requiere de una justificación; un destino que, pese a quebrar el principio de relevancia constitucional de no afectación entre ingresos y gastos, se puede fundamentar en la responsabilidad que cabe atribuir a las empresas del sector en la financiación de los costes del sistema eléctrico y en la corrección del citado déficit. Por último, los impuestos regulados en la Ley 15/2012 han estrechado el espacio fiscal propio de las comunidades autónomas en materia energética, aunque sigue existiendo un campo relativamente amplio para tributos que gravan emisiones contaminantes a la atmósfera o que incorporen, en general, una verdadera finalidad ambiental; sin perjuicio de la necesidad de que, desde la instancia estatal, se implementen de una vez medidas de coordinación y armonización que encaucen el legítimo ejercicio del poder tributario autonómico en esta materia.

LA CALIFICACIÓN DE UNA ACTIVIDAD DE TRANSPORTE DESARROLLADA POR UN ENTE PÚBLICO COMO ACTIVIDAD ECONÓMICA

Análisis de la STJUE de 12 de mayo de 2016, Asunto C-520/14

Javier Bas Soria

*Doctor en Derecho
Inspector de Hacienda del Estado*

1. SUPUESTO DE HECHO

En esencia, se plantea ante el tribunal la calificación como sujeto pasivo de un ayuntamiento que desarrolla una actividad de transporte para los alumnos en edad escolar del municipio.

De acuerdo con la legislación holandesa, que se detalla en la sentencia, los ayuntamientos deben proveer a los alumnos de su municipio de transporte en unas condiciones variables dependiendo de la distancia del domicilio al centro escolar, susceptibles de concreción por cada corporación, y que implican la exigencia de determinados pagos para las familias beneficiarias.

De acuerdo con estas previsiones, el Ayuntamiento de Borsele prestaba el servicio de transporte mediante la contratación con empresas independientes de transporte, exigiendo el pago a los padres de los alumnos de acuerdo con las condiciones establecidas por el ayuntamiento y que se traducían en que los pagos recibidos de los padres cubrían únicamente un 3 % de los costes facturados por las empresas de transporte al ayuntamiento por la prestación del mismo servicio.

El ayuntamiento venía considerando que era un empresario actuando en el ejercicio de una actividad económica y, en consecuencia, deducía el impuesto soportado que le repercutían las empresas de transporte.

La administración holandesa «liquidó» al ayuntamiento el impuesto, excluyendo la deducibilidad de tales cuotas soportadas.

A partir de estos hechos, se plantean ante el tribunal las tres cuestiones prejudiciales que a continuación se señalan (aunque, como veremos, dado que la respuesta a las cuestiones segunda y tercera depende de la respuesta dada a la primera, solamente se responde a esta):

- ¿Debe interpretarse que un ayuntamiento ha de tener la consideración, en relación con el transporte escolar, de sujeto pasivo en el sentido de la directiva?
- Para responder a esta cuestión, ¿debe tenerse en cuenta el régimen en su totalidad o bien debe realizarse este examen de forma separada para cada servicio de transporte?
- En este último caso, ¿debe establecerse una distinción en función de si se trata de un transporte de alumnos a una distancia de entre 6 y 20 kilómetros y a una distancia superior a 20 kilómetros? (las condiciones de prestación de estos servicios son distintas)

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) examina en esta sentencia, según los términos en los que se remite la cuestión prejudicial por el Tribunal de Instancia, las condiciones para determinar si existe una actividad económica en una entidad pública.

Destaca el tribunal que únicamente puede considerarse que existe actividad económica a efectos del impuesto sobre el valor añadido (IVA) cuando la actividad realizada constituya uno de los hechos imponibles del impuesto. En este sentido, señala el tribunal que indudablemente el transporte escolar es una prestación de servicios, operación sujeta al impuesto.

Pero además se destaca que la actividad económica no solo supone la realización de una operación de las incluidas en el hecho imponible, sino que además es preciso que la entidad que la desarrolla actúe «a título oneroso», lo que exige que exista entre quien efectúa la prestación y su destinatario una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituya el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario.

Recuerda el tribunal que para calificar la operación de onerosa resulta irrelevante que la misma se lleve a cabo a un precio superior o inferior al de coste; lo único que precisa la onerosidad es la existencia de una relación directa entre la entrega de bienes o la prestación de servicios y la contraprestación realmente recibida por el sujeto pasivo.

Existen otras circunstancias que deben valorarse conjuntamente para determinar si existe una verdadera remuneración y, en consecuencia, una realización del hecho imponible en ejercicio de una actividad económica, como sería la comparación entre las condiciones en las que el interesado realiza la prestación de servicios y las condiciones en las que se lleva a cabo habitualmente ese tipo de prestación de servicios por los que prestan el mismo como verdadera activi-

dad económica (tégase presente que el tribunal está examinando la actuación de un sujeto que opera, al menos parcialmente, aparte del mercado, como es un ayuntamiento, ya que tiene acceso a los presupuestos para financiar su actividad), o la importancia de la clientela y el importe de los ingresos en el ejercicio de la misma. Cuando la operación que constituye el hecho imponible se realiza a cambio de una remuneración, la actividad en cuyo ejercicio se realiza tal operación constituye una actividad económica.

En el caso que examina el TJUE se pone de manifiesto que la aportación de los padres a los gastos de transporte escolar no se calcula en función de los costes reales de los servicios prestados: el importe de dicha aportación no se vincula ni al número de kilómetros recorridos a diario, ni al precio de coste por trayecto y alumno usuario del transporte, ni a la frecuencia de los trayectos, sino que se trata más bien de un canon; y, además, el ayuntamiento recupera únicamente una parte mínima de los gastos efectuados mediante la remuneración percibida: no todo usuario le adeuda las aportaciones controvertidas en el asunto principal, ya que solo un tercio de ellos las han abonado, y el importe total percibido cubre únicamente el 3% del total de los gastos de transporte, mientras que el resto es asumido con cargo a fondos públicos.

De estas circunstancias, examinadas conjuntamente, el tribunal concluye que el servicio se realiza en unas condiciones que distan mucho de las que discurren habitualmente en las actividades de transporte de viajeros.

En consecuencia se concluye que una corporación territorial que preste servicios de transporte escolar en las condiciones controvertidas en el asunto principal no realiza actividades económicas, por lo que no tiene la condición de sujeto pasivo del impuesto.

3. COMENTARIO CRÍTICO

Las Administraciones públicas, al menos en el ámbito territorial de la Unión Europea donde se ha desarrollado el IVA armonizado, despliegan indudablemente una importante actividad económica; no obstante, el legislador del IVA les ha dotado de un estatuto especial en la medida en que su actividad es más propia de un consumidor final que la de un verdadero empresario: aunque adquiere bienes y servicios que en muchas ocasiones no van a ser consumidos directamente por las Administraciones, sino que van a servir para su provisión a los ciudadanos, su actividad no se efectúa en condiciones normales de mercado, pues los fondos para esta provisión, sino en su totalidad, al menos en gran parte, se obtienen de aportaciones obligatorias (tributos) y en muchos casos ni siquiera efectuadas por el consumidor de los bienes o servicios (cuando la financiación tributaria se obtiene con impuestos).

Esta especialidad se ha recogido en un marco amplio de no sujeción para las actividades de los entes públicos, contemplado en el artículo 13.1 de la Directiva refundida 2006/112/CE, que establece:

«1. Los Estados, las regiones, las provincias, los municipios y los demás organismos de Derecho público no tendrán la condición de sujetos pasivos en cuanto a las actividades u operaciones en las que actúen como autoridades públicas, ni siquiera en el caso de que con motivo de tales actividades u operaciones perciban derechos, rentas, cotizaciones o retribuciones. No obstante, cuando efectúen tales actividades u operaciones deberán ser considerados sujetos pasivos en cuanto a dichas actividades u operaciones, en la medida en que el hecho de no considerarlos sujetos pasivos lleve a distorsiones significativas de la competencia. En cualquier caso, los organismos de Derecho público tendrán la condición de sujetos pasivos en relación con las actividades que figuran en el anexo I, excepto cuando el volumen de estas sea insignificante».

Se contempla en el anexo I, mencionado en el citado precepto, un listado de actividades en las que las Administraciones públicas se convierten en empresarios, debiendo por tanto repercutir el impuesto, y en las que se incluyen las siguientes:

«ANEXO I. LISTA DE LAS ACTIVIDADES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 13, APARTADO 1, PÁRRAFO TERCERO. 1) Los servicios de telecomunicaciones; 2) Distribución de agua, gas, electricidad y energía térmica; 3) Transporte de bienes; 4) Prestaciones de servicios portuarios y aeroportuarios; 5) Transporte de personas; 6) Entrega de bienes nuevos fabricados para la venta; 7) Operaciones de organismos de intervención agrícola que afecten a productos agrícolas realizadas en aplicación de la reglamentación en materia de organización común del mercado de dichos productos; 8) Explotación de ferias y exposiciones comerciales; 9) Explotación de almacenes de depósito; 10) Actividades de las oficinas comerciales de publicidad; 11) Actividades de agencias de viajes; 12) Operaciones de cantinas de empresas, economatos, cooperativas y establecimientos similares; 13) Actividades de organismos de radio y televisión en la medida en que no estén exentas en virtud del artículo 132, apartado 1, letra q)».

La transposición de la norma comunitaria a la normativa interna se encuentra en el artículo 7.8.º de la LIVA, reformado por la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, que señala como operaciones no sujetas al impuesto:

«Las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por las Administraciones públicas sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria. A estos efectos se considerarán Administraciones públicas: a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local. b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social. c) Los organismos autónomos, las Universidades Públicas y las Agencias Estatales. d) Cualesquiera entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, dependiente de las anteriores

que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la ley tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad. No tendrán la consideración de Administraciones públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las comunidades autónomas y entidades locales. No estarán sujetos al impuesto los servicios prestados en virtud de encomiendas de gestión por los entes, organismos y entidades del sector público que ostenten, de conformidad con lo establecido en los artículos 4.1 n) y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración pública encomendante y de los poderes adjudicadores dependientes del mismo. Asimismo, no estarán sujetos al impuesto los servicios prestados por cualesquiera entes, organismos o entidades del sector público, en los términos a que se refiere el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a favor de las Administraciones públicas de la que dependan o de otra íntegramente dependiente de estas, cuando dichas Administraciones públicas ostenten la titularidad íntegra de los mismos. En todo caso, estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios que las Administraciones, entes, organismos y entidades del sector público realicen en el ejercicio de las actividades que a continuación se relacionan: a') Telecomunicaciones. b') Distribución de agua, gas, calor, frío, energía eléctrica y demás modalidades de energía. c') Transportes de personas y bienes. d') Servicios portuarios y aeroportuarios y explotación de infraestructuras ferroviarias incluyendo, a estos efectos, las concesiones y autorizaciones exceptuadas de la no sujeción del impuesto por el número 9.º siguiente. e') Obtención, fabricación o transformación de productos para su transmisión posterior. f') Intervención sobre productos agropecuarios dirigida a la regulación del mercado de estos productos. g') Explotación de ferias y de exposiciones de carácter comercial. h') Almacenaje y depósito. i') Las de oficinas comerciales de publicidad. j') Explotación de cantinas y comedores de empresas, economatos, cooperativas y establecimientos similares. k') Las de agencias de viajes. l') Las comerciales o mercantiles de los entes públicos de radio y televisión, incluidas las relativas a la cesión del uso de sus instalaciones. A estos efectos se considerarán comerciales o mercantiles en todo caso aquellas que generen o sean susceptibles de generar ingresos de publicidad no provenientes del sector público. m') Las de matadero».

Se completa el principio general de no sujeción al que antes nos referíamos en los mencionados preceptos con la sujeción en todas aquellas actividades en las que la actuación de las Administraciones públicas se realiza en condiciones equiparables a las de empresas participantes en el mercado, incluyéndose a estos efectos un listado enunciativo (mucho más clara es la caracterización de esta lista como abierta en la directiva que en la ley nacional) de actividades cuyo ejercicio debe realizarse siempre en régimen de sujeción. Es el conocido como principio de no distorsión de la competencia, que trata de evitar que la no sujeción suponga una ventaja comparativa en la prestación de estos servicios para el sector público.

La aplicación de estas normas ha dado lugar a una extensísima jurisprudencia, tanto del TJUE, como de los órganos jurisdiccionales nacionales, así como a una nutrida doctrina administrativa materializada tanto en resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central como en consultas emanadas de la Dirección General de Tributos.

Podemos resumir las cuestiones tratadas en tres grandes grupos. El primero, quizá el más claramente acotado ahora mismo, sería el relativo al ámbito de la no sujeción, que se delimita por tres elementos básicos: debe tratarse de entregas de bienes o prestaciones de servicios realizadas por entes u organismos de Derecho público; las entregas de bienes o prestación de servicios deben realizarse en el ejercicio de una función pública, lo que supone que el ente público actúe en su calidad de sujeto de Derecho público; y la actividad no sujeta tiene que ser distinta de las contenidas en el artículo 7.8 de la LIVA (anexo I de la Directiva 2006/112/CE) y no generar distorsiones en la competencia.

La segunda cuestión, quizá la más relevante hasta el momento, es la relativa al ámbito subjetivo de las Administraciones públicas que pueden aplicar la no sujeción. En este punto, en el ámbito nacional se había construido una doctrina conocida como doctrina de órganos técnico-jurídicos, que extiende la no sujeción a las personificaciones constituidas por la Administración como socio único, que se hallan más cerca de la fundación de un servicio público que de una figura asociativa análoga a las de base privada. Esta doctrina ha sido recogida a nivel legal en la modificación de la LIVA efectuada por la Ley 28/2014. Más dudoso es que el criterio nacional sea perfectamente coincidente con el imperante a nivel comunitario. Aunque el estudio de esta cuestión excede del presente comentario, por no ser la materia tratada en esta sentencia, podemos recordar el reciente estudio de la Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015, realizado por Francisco Javier SÁNCHEZ GALLARDO en esta misma sección («Sujeción al IVA de los servicios prestados por sociedades instrumentales constituidas por entes públicos. Análisis de la STJUE de 29 de octubre de 2015, Asunto C-174/14», *RCyT. CEF*, n.º 398).

La tercera cuestión que se plantea en relación con la tributación de los entes públicos es la relativa a la aplicación del principio de neutralidad, dentro de la que se enmarca la presente sentencia. Como sabemos, dicho principio en el ámbito del IVA se entiende como la correlación que debe existir entre repercusión y deducción, y que no supone otra cosa que la posibilidad de deducir las cuotas soportadas necesarias para la realización de las operaciones por las que se repercute el impuesto; lo que no es, además, otra cosa que la materialización del método elegido para la determinación del valor añadido, objeto de gravamen por el impuesto.

En el caso de las Administraciones públicas que estamos estudiando, la calificación de las operaciones como no sujetas supone, como hemos visto, la consideración de las mismas como consumidores finales. Lógicamente con esta calificación estas entidades públicas que prestan servicios no sujetos no generan el derecho a la deducción de las cuotas soportadas.

En no pocas ocasiones, sin embargo, se trata de romper con este esquema, generando de forma, más o menos forzada, el derecho a la deducción mediante el ejercicio de una actividad

económica cuanto menos exagerada. En este sentido, podemos recordar dos Sentencias de 21 de febrero de 2006, que sin duda se encuentran entre las más citadas del TJCE, el asunto C-255/02, Halifax (NFJ021677), y el asunto C-223/03, University of Huddersfield (NFJ021864). En estas sentencias se examina la reacción frente a ciertas prácticas orquestadas por determinadas entidades públicas para obtener el derecho a la deducción mediante el ejercicio de actividades económicas con características que nunca se darían en el mercado, por ser actividades absolutamente antieconómicas, contrarias a la racionalidad de los sujetos que deben financiarse en el mercado. El TJUE, aunque reconoce la existencia de una verdadera actividad económica, por la realización efectiva de las operaciones sujetas, existiendo además contraprestación para las mismas, acuña la doctrina sobre el abuso de derecho, señalando:

«La aplicación del Derecho comunitario no puede extenderse hasta llegar a cubrir las prácticas abusivas de los operadores económicos, esto es, las operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario [...]. Este principio de prohibición de prácticas abusivas se aplica igualmente en el ámbito del IVA [...] la lucha contra el fraude, la evasión de impuestos y los eventuales abusos es un objetivo reconocido y promovido por la Sexta Directiva» (apartados 69, 70 y 71 de la sentencia Halifax).

La sentencia que ahora analizamos supone otro hito en este mismo camino, pues como hemos visto, aunque reconoce los contenidos propios de Halifax y otras sentencias en las que se afirma la existencia de una actividad económica por la realización de hechos imposables percibiendo una contraprestación, independientemente del resultado obtenido en las actividades; se afirma que en un caso como el de autos no existe realmente una actividad económica, ya que el conjunto de circunstancias que rodean las operaciones sujetas suponen que no exista una verdadera contraprestación, ya que ni la financiación obtenida es relevante ni existe una verdadera participación en la compensación del servicio en función de lo recibido.

Estas sentencias ofrecen un contraste acusado con el criterio adoptado en nuestro país, ya que la LIVA permite salir del ámbito de la no sujeción a las entidades del sector público empresarial («No tendrán la consideración de Administraciones públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las comunidades autónomas y entidades locales») lo que en principio no sería demasiado sorprendente, si efectivamente se tratara de entidades que realizaran operaciones en el mercado, siempre que la particularidad de las mismas fuera que su titularidad es pública; pero la jurisprudencia y la doctrina se han mostrado tremendamente generosas con estas entidades en la interpretación de este precepto, aunque se trate de meras personificaciones para llevar actividades públicas y su financiación se realice mayoritariamente con cargo a los presupuestos públicos, en sentencias tales como la discutida Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011, rec. núm. 1974/2008 (NFJ044368), en la que el Alto Tribunal considera que las cantidades que perciben dichas empresas de la corporación a la que pertenecen para financiarse no constituyen la retribución de un servicio que ha de integrarse en la base imponible del impuesto, pues pueden considerarse como contraprestación del conjun-

to de operaciones que realiza la entidad, por lo que no deben integrarse en la base imponible del impuesto. Indudablemente se genera en este caso una ventaja competitiva clara, al recuperar el impuesto soportado que, sin la creación de tal ente, no se deduciría; mientras que la repercusión del IVA por tales servicios es, en el mejor de los casos, parcial, cuando no ya totalmente residual.

La conclusión de cuanto se ha expuesto no puede ser otra que la constatación del hecho de que, a pesar de los pronunciamientos existentes, aún quedan muchas aristas por pulir en el espinoso tema de la sujeción y deducción del IVA soportado por los entes públicos.

EL DERECHO A LA DEDUCCIÓN DEL IVA EN LA DEDUCCIÓN DE LOS BIENES DE USO MIXTO: ALCANCE Y LÍMITES EN LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE PRORRATA

Análisis de la STJUE de 9 de junio de 2016, Asunto C-332/14

Francisco Javier Sánchez Gallardo

Inspector de Hacienda del Estado

1. SUPUESTO DE HECHO

Según se describe en la sentencia, entre 1999 y 2004, la entidad demandante, Rey, había llevado a cabo trabajos de demolición de un viejo edificio y de construcción de un inmueble destinado a viviendas y locales comerciales. El edificio se terminó en 2004 e incluía seis unidades de viviendas y locales comerciales más diez plazas de aparcamiento subterráneas. Algunas de estas unidades y plazas de aparcamiento se alquilaron ya en octubre de 2002.

De 1999 a 2003, Rey calculó su impuesto sobre el valor añadido (IVA) deducible conforme a un criterio de reparto basado en la relación o prorrata existente entre el volumen de negocios que habría de generar el alquiler de los locales comerciales o de las plazas de aparcamiento ligadas a estos (sujeto al IVA) y el resultante de las demás operaciones de alquiler (exentas del IVA), esto es, aplicando lo que en España calificaríamos como una regla de prorrata, que resultó en un 78,15 %.

La Administración tributaria alemana discrepó de estos cálculos, basándose en que, a raíz de la entrada en vigor, el 1 de enero de 2004, de una modificación de la normativa reguladora del impuesto en su país, únicamente podía recurrirse al criterio de reparto basado en la cifra relativa de negocios y no era posible utilizar ningún otro método de afectación de los bienes y servicios de uso mixto. Dado que, en su opinión, era posible y más preciso determinar la afectación de los bienes y servicios utilizados para la demolición o la construcción de un inmueble atendiendo a un criterio de reparto basado en la relación entre la superficie de los locales comerciales y la de las viviendas, consideró que Rey debería haber aplicado este último criterio, lo que determinaba un porcentaje de deducción del 38,74 %. Esta discrepancia dio lugar al correspondiente procedimiento judicial, en el desarrollo del cual se planteó la cuestión prejudicial.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

La **primera cuestión prejudicial** planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) consistía en determinar si el artículo 17.5 de la Sexta Directiva del IVA, 173 de la vigente Directiva 2006/112/CE, de refundición de la anterior, debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de que un inmueble se utilice para realizar operaciones generadoras del derecho a la deducción y operaciones que no generen tal derecho, los Estados miembros están obligados a prever y admitir, se entiende, que los bienes y los servicios por los que se haya soportado IVA empleados para la construcción o la adquisición se afecten inicialmente, y en exclusiva, a una u otra de estas distintas operaciones, de forma que únicamente se aplique la deducción a prorrata a las cuotas soportadas por los bienes y servicios que no sean susceptibles de dicha afectación o, a condición de que se garantice una determinación más precisa de la prorrata de deducción, en proporción a la superficie. Se preguntaba asimismo si la respuesta a esta cuestión debe aplicarse también a los bienes y servicios que se empleen en la utilización, la conservación o el mantenimiento de un inmueble de uso mixto.

En última instancia, lo que se estaba suscitando ante el TJUE es el alcance que ha de darse a la aplicación de la regla de prorrata, limitándola estrictamente a las cuotas correspondientes a bienes y servicios que no admiten su afectación a actividades generadoras o no, según sea el caso, del derecho a la deducción. En otras palabras, y por referencia a la terminología de la Ley 37/1992, reguladora del impuesto en nuestro país (Ley del IVA), lo que se planteaba era el alcance de la regla de prorrata especial, que reserva la deducción a prorrata a los bienes y servicios que no se pueden afectar a operaciones específicas, generadoras o no del derecho a la deducción, y son tales que la deducción del IVA soportado por ellos ha de realizarse en proporción a algún tipo de porcentaje.

El punto de partida para esta cuestión era la Sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2012, recaída en el asunto C-511/10 (NFJ049293), BLC Baumarkt, en la que el mismo TJUE había concluido que el Derecho de la Unión: «permite a los Estados miembros dar preferencia como criterio de reparto a efectos del cálculo de la prorrata de deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por una operación determinada, como es la construcción de un inmueble de uso mixto, a un criterio de reparto distinto del basado en el volumen de negocios que figura en el artículo 19, apartado 1, de esta directiva, a condición de que el método seleccionado garantice una determinación más precisa de dicha prorrata de deducción». Parece, pues, que la **precisión** en la determinación del **derecho a la deducción** es una premisa importante, debiendo dirigirse las disposiciones de los Estados a su consecución.

El apartado 26 de la sentencia Rey es ilustrativo en cuanto al proceder que ha de observarse para la correcta delimitación del derecho a la deducción, que concreta del siguiente modo:

«26. Dado el diferente alcance del derecho a deducción en función del uso al que se destinen los bienes o servicios gravados con IVA, los Estados miembros están obligados a prever, en principio, que la determinación del importe del derecho a deducción

exige en un primer momento que los sujetos pasivos afecten los bienes y servicios adquiridos por los que hayan soportado IVA a las diversas operaciones a que se destinen. En un segundo momento, incumbe a las autoridades competentes de esos Estados aplicar a esos bienes y servicios el régimen de deducción correspondiente a su afectación, teniendo en cuenta que, en lo que atañe a los bienes y servicios que no se destinan a un único tipo de operación, ha de aplicarse el régimen previsto en el artículo 17, apartado 5, de dicha directiva».

La **actuación en dos fases** que prescribe el TJUE puede esquematizarse como sigue:

- a) En primer lugar, ha de procederse a la **afectación** de los bienes y servicios adquiridos a las diferentes operaciones que se realicen.
- b) El IVA soportado por los bienes y servicios que se utilicen indistintamente en operaciones generadoras del derecho a la deducción y en otras que no sean generadoras de dicho derecho habrá de deducirse conforme a los procedimientos establecidos en el artículo 17.5 de la Sexta Directiva, antecedente del 173 de la Directiva 2006/112/CE, esto es, a **prorrata** o conforme a cualquier otro de los criterios que allí se prevén.

En estas primeras consideraciones ya el TJUE está asentando un criterio de gran relevancia, por cuanto está excluyendo de la deducción a prorrata las cuotas soportadas por los bienes y servicios que pueden imputarse de manera específica a operaciones específicas, generadoras o no del derecho a la deducción, limitando la aplicación de la regla de prorrata para los de uso mixto. Ni que decir tiene que la generalidad con la que se prescribe en nuestro ordenamiento la aplicación de la regla de prorrata general se puede ver cuestionada con ello.

A la concreción de la forma en la que se ha de proceder en esta **afectación** se dedican los siguientes apartados de la sentencia.

Así, en lo que concierne a los **gastos de construcción** de un inmueble de uso mixto, se admite la posibilidad de que la citada afectación pueda resultar excesivamente compleja y, por tanto, difícilmente realizable, ante lo que se concluye que: «una normativa nacional puede efectivamente autorizar a los sujetos pasivos a no efectuar la afectación de esos bienes y servicios, con independencia del uso a que se destinen, cuando estén ligados a la adquisición o a la construcción de un inmueble de uso mixto y esta **afectación** sea en la práctica **difícilmente realizable**» (apartado 28).

Curiosamente, no se establece el mismo criterio para los bienes y servicios adquiridos para la **utilización, la conservación o el mantenimiento** del inmueble, respecto a los cuales se indica que su imputación a las diferentes operaciones efectuadas con el inmueble parece, por lo general, fácilmente realizable. Con esta premisa, se dispone que: «no puede autorizarse que los Estados miembros eximan a los sujetos pasivos de la necesidad de afectar los bienes y servicios adquiridos para la utilización, la conservación o el mantenimiento de un inmueble de uso mixto a las diferentes operaciones realizadas con este inmueble» (apdo. 30).

Parece, pues, que el alcance de las prerrogativas del Estado legislador en lo que a este particular se refiere depende de la **dificultad en la afectación** de los bienes y servicios adquiridos, de forma que cuando dicha afectación es difícil –gastos de construcción–, le es dado al Estado llevar a los contribuyentes de la susodicha afectación y tratar los citados bienes y servicios como de uso mixto. En otro caso, esto es, cuando cabe la afectación a operaciones concretas –gastos de utilización, conservación y mantenimiento–, la deducción del IVA soportado habrá de realizarse en atención al uso de los bienes y servicios adquiridos. Los Estados de la Unión no pueden actuar contra este principio, concluye el TJUE.

Centrados en la determinación del IVA deducible por los **bienes y servicios de uso indistinto**, de entrada, el TJUE recordó la procedencia de su determinación en atención a la proporción en la que se encuentre el volumen de operaciones correspondiente a las operaciones generadoras del derecho a la deducción respecto al total de las efectuadas, esto es, **a prorrata**. Así se expresan el artículo 17.5 de la Sexta Directiva o el 173 de la Directiva 2006/112/CE.

Ello no obstante, los Estados pueden establecer otras disposiciones: «a condición de que el método seleccionado garantice una **determinación** de la prorrata de deducción del IVA soportado **más precisa** que la resultante de aplicar ese primer método», tal y como ya se había indicado en la Sentencia de 8 de noviembre de 2012, BLC Baumarkt, asunto C-511/10 (NFJ049293) o, en un sentido similar, la de 10 de julio de 2014, Banco Mais, asunto C-183/13 (NFJ054665). Con todo, no se exige que el método que se disponga sea el más preciso posible, basta con que sea más preciso que la aplicación de la estricta proporción resultante de las cifras relativas de negocio.

Para el caso controvertido, se concluyó que correspondía al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el recurso a un método de cálculo del derecho a deducción mediante la aplicación de un criterio de reparto en función de la superficie puede conducir a un resultado más preciso que el derivado de la aplicación del método basado en la cifra relativa de negocios.

Esta exigencia de precisión adicional, se aclaró por el TJUE, concierne únicamente a la determinación del IVA deducible por bienes y servicios de uso mixto, sin que pueda afectar a la facultad que tienen los Estados comunitarios para admitir que los sujetos pasivos no estén obligados a vincular a una operación particular cada uno de los bienes o servicios adquiridos en relación con un inmueble de uso mixto, cuestión esta que ya se había analizado, como hemos visto con anterioridad.

Con todas estas premisas, el TJUE contestó a la primera cuestión prejudicial disponiendo que: «en el caso de que un inmueble se utilice para realizar operaciones con derecho a deducción y operaciones que no conlleven tal derecho, los Estados miembros no están obligados a prever que los bienes y los servicios por los que se haya soportado IVA empleados para la construcción, la adquisición, la utilización, la conservación o el mantenimiento de dicho inmueble se afecten, en un primer momento, a estas distintas operaciones, cuando esta afectación sea difícilmente realizable, para que, en un segundo momento, solo el derecho a deducción relativo a aquellos de esos bienes y servicios que se utilicen al mismo tiempo en operaciones con derecho a deducción

y en operaciones que no conlleven tal derecho se fije mediante un criterio de reparto basado en el volumen de negocios o, a condición de que se garantice una determinación más precisa de la prorrata de deducción, en la superficie» (apdo. 36).

Podemos resumir las consideraciones que se hacen por el TJUE apuntando a la **precisión** como principio fundamental en la concreción del derecho a la deducción del IVA soportado, precisión que incide en la necesaria admisión, por parte de los Estados comunitarios, de la deducción completa de las cuotas soportadas por bienes o servicios que se utilizan en operaciones generadoras del derecho a la deducción (cabe concluir que el resultado habría de ser el contrario cuando el uso es de tenor distinto), así como en la posibilidad que les asiste para aplicar criterios distintos al de la cifra relativa de negocios, aunque limitados a bienes o servicios de uso indistinto en operaciones generadoras del derecho a la deducción y en otras no generadoras de dicho derecho.

La facilidad en la aplicación de las disposiciones correspondientes se antoja como igualmente relevante, ya que en supuestos de dificultad en la individualización que, de alguna manera, se preconiza en su sentencia, los Estados comunitarios quedan eximidos de la obligación de admitir la referida imputación individualizada en la exacción del tributo.

La **segunda cuestión prejudicial** planteada se dirigía a dilucidar si el artículo 20 de la Sexta Directiva, 184 y siguientes de la Directiva 2006/112/CE, se opone a la **regularización** de las deducciones practicadas por bienes o servicios de uso mixto como consecuencia de la **modificación**, durante el periodo de regularización, **del criterio de reparto** utilizado para su cálculo.

Para la contestación a esta cuestión, el TJUE partió de la dicción del referido artículo 20 de la Sexta Directiva, que enuncia los supuestos en los que procede su aplicación, sin excluir otros, como podría ser el controvertido. De igual modo, se apeló al contenido de los preceptos reguladores del derecho a la deducción en el caso de las cuotas soportadas por bienes y servicios de uso mixto, interpretado a la luz de las consideraciones explicadas anteriormente, en cuyo contexto ha de incardinarse el precepto, concluyéndose que: «el método de cálculo del importe de la deducción aplicada constituyen elementos que se toman en consideración para determinar el importe de las deducciones, en el sentido del artículo 20, apartado 1, letra b), de la Sexta Directiva» (apdo. 42).

Considerando igualmente que el objetivo perseguido por el mecanismo de regularización consiste en aumentar la precisión de las deducciones del IVA [Sentencias de 30 de marzo de 2006, Uudenkaupungin kaupunki, C-184/04 (NFJ021960), y de 18 de octubre de 2012, TETS Haskovo, C-234/11 (NFJ048738)], criterio en el que se insistió (apdo. 45), se admitió que el ajuste en las deducciones practicadas, por la vía de su regularización, cuando se modifica el criterio para la determinación del IVA deducible en relación con bienes y servicios de uso mixto, también tuviera cabida dentro del ámbito objetivo de aplicación del referido artículo 20 de la Sexta Directiva.

A partir de estas consideraciones, concluyó el TJUE que: «el artículo 20 de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que exige que se proceda a la regularización de las deducciones del IVA practicadas por bienes o servicios incluidos en el artículo 17, apartado 5, de

dicha directiva, como consecuencia de la adopción, durante el periodo de regularización de que se trate, de un criterio de reparto del IVA utilizado para el cálculo de esas deducciones que difiera del método de determinación del derecho a deducción previsto por dicha directiva» (apdo. 47). De nuevo el principio de precisión conduce a la regularización del IVA soportado. Como veremos en la contestación a la tercera cuestión prejudicial, el vínculo entre una y otra cuestión se señala de forma expresa por el TJUE.

Mediante su **tercera cuestión prejudicial**, se preguntaba si **principios generales** del Derecho de la Unión tales como los de **seguridad jurídica** y de **protección de la confianza legítima** se oponen a una legislación nacional aplicable que no prevé expresamente la regularización del IVA soportado, regulada en el artículo 20 de la Sexta Directiva, tras la modificación del criterio de reparto del IVA utilizado para el cálculo de ciertas deducciones, ni adopta un régimen transitorio, aun cuando el Tribunal Supremo haya estimado razonable, de manera general, el reparto del impuesto soportado efectuado por el sujeto pasivo siguiendo el criterio de reparto aplicable antes de dicha modificación.

El TJUE partió en su juicio de la relevancia que tienen estos principios, que han de ser respetados tanto por las instituciones de la Unión como por sus Estados miembros. No habiéndose cuestionado la validez del precepto, se entró en el análisis de su interpretación a la luz de dichos principios (pauta general para la interpretación de las normas de Derecho derivado, como son las directivas).

Asimismo, se hizo referencia al encaje de la regularización controvertida en el Derecho de la Unión, tal y como ya se había señalado. Considerando igualmente la **obligación de interpretación** de las normas de Derecho interno por las que se transponga una directiva conforme a lo dispuesto en dicha directiva [Sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98 (NCJ061417)], entre otras, se concluyó que: «los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima no pueden interpretarse en el sentido de que, para que pueda imponerse la regularización del derecho a deducción por modificación del método de cálculo, la obligación de efectuarla debe reiterarse expresamente en la legislación nacional por la que se haya procedido a la modificación» (apdo. 54).

En la medida en que la norma interna admita, interpretada a la luz de la comunitaria, la conclusión a la que se pretende llegar, la relativa excepción que supone la introducción de normas de derecho transitorio es prescindible. La relevancia que con ello se da a la necesaria interpretación de las normas del Derecho nacional a la luz del de la Unión es grande, aunque no novedosa, por cuanto se trata de un principio ya consagrado en la jurisprudencia comunitaria.

Apuntando a la consideración del régimen transitorio de una normativa novedosa como como el conjunto de disposiciones que, con el objetivo de excluir provisionalmente su aplicación, establecen un régimen especial creado al efecto para ser aplicado durante un periodo intermedio, se recordó igualmente que, en principio, es compatible con el Derecho de la Unión una norma jurídica nueva que se aplique a partir de la entrada en vigor del acto que la contiene. Por consiguiente, por sí mismos, **los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima no**

se oponen, en principio, a que un Estado miembro modifique una normativa anterior con efecto inmediato sin prever un régimen transitorio.

Este aserto general, sin embargo, no está exento de excepciones. Así, el tribunal de justicia ha declarado que el legislador nacional puede vulnerar los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima al adoptar, de modo repentino e imprevisible, una nueva ley que suprima un derecho del que hayan disfrutado hasta entonces los sujetos pasivos, sin dejarles el tiempo necesario para adaptarse y sin que el fin perseguido lo requiera [Sentencia de 29 de abril de 2004, Gemeente Leusden y Holin Groep, C-487/01 y C-7/02 (NFJ016698)]. Más concretamente, los sujetos pasivos deben disponer de un periodo de adaptación cuando la supresión de un derecho del que habían venido disfrutando les obligue a efectuar los correspondientes ajustes económicos.

Por referencia al supuesto en discusión, el TJUE indicó que aun suponiendo que una modificación de la legislación nacional que defina el método de cálculo del derecho a deducción pudiera considerarse repentina e imprevisible, no parece que concurren en este caso las circunstancias que justifican la adopción de un régimen transitorio adaptado, en los términos señalados anteriormente, ello por las siguientes razones:

- a) Por un lado, porque la modificación del método de cálculo no tiene por efecto suprimir el derecho a deducción de que disponen los sujetos pasivos, sino regular su alcance.
- b) Por otro, porque la modificación no implicaba por sí misma la realización de ajuste alguno por parte de los sujetos pasivos, por lo que no parece que fuera estrictamente necesario prever un periodo de adaptación. Esta afirmación habría de entenderse como realizada en términos generales, referida al total de contribuyentes, ya que, como ilustra la propia controversia que dio lugar a la cuestión prejudicial, determinados contribuyentes sí que vieron afectadas sus deducciones.

Finalmente, el hecho de que el Tribunal Supremo alemán hubiera considerado razonables los criterios aplicados con anterioridad no fue considerado relevante, por cuanto el nuevo régimen que se introducía en la normativa alemana tenía encaje dentro del Derecho de la Unión.

La **conclusión** del TJUE fue la siguiente:

«65. De las consideraciones anteriores se desprende que los principios generales del Derecho de la Unión de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional aplicable que no prevé expresamente la regularización, en el sentido del artículo 20 de la Sexta Directiva, del impuesto soportado tras la modificación del criterio de reparto del IVA utilizado para el cálculo de ciertas deducciones, ni adopta un régimen transitorio, aun cuando el Tribunal Supremo haya estimado razonable, de manera general, el reparto del impuesto soportado efectuado por el sujeto pasivo siguiendo el criterio de reparto aplicable antes de dicha modificación».

Aunque por referencia a la legislación alemana aplicable, el TJUE dio por buena la modificación del criterio de cálculo del IVA deducible por bienes y servicios de uso mixto junto con la regularización correspondiente, sin necesidad de adoptar medidas específicas de adaptación.

3. COMENTARIO CRÍTICO

Varias son las cuestiones que se suscitan a raíz de la sentencia Rey y diversos también los ámbitos a los que se refieren.

El primero de ellos es el alcance del derecho a la deducción en lo que se refiere a **bienes y servicios de uso mixto**. En este ámbito, las cuestiones que se suscitan son diversas:

- a) En primer lugar, la propia consideración de lo que cabe entender como bienes y servicios de uso mixto.
- b) A continuación, el alcance de las prerrogativas del Estado legislador a la hora de establecer el régimen de deducción aplicable a dichos bienes y servicios.
- c) Finalmente, la posición en la que queda la legislación nacional a la luz de las consideraciones hechas por el TJUE en esta sentencia.

La calificación conceptual de un bien o servicio como de **uso mixto** no debería, de suyo, suscitar mayores problemas: habría que considerar como tal a cualquier bien o servicio que se utilice de manera indistinta en la realización de operaciones generadoras del derecho a la deducción y en otras que no generen este derecho. Bienes o servicios que se usen de forma exclusiva en unas u otras habrían de quedar excluidos de esta calificación.

La duda principal se suscita por la necesidad de individualización a la que conduce el criterio que se ha propuesto en el párrafo anterior, esto es, hasta qué punto cabe considerar divisible o individualizable un bien o servicio para determinar sus condiciones de uso exclusivo.

Así, y por referencia a la construcción de una edificación que generará ingresos por arrendamiento exentos y no exentos, ¿hasta qué punto ha de considerarse el total del edificio como un bien de uso mixto o de qué forma cabría la individualización de algunas de sus partes? La contestación a esta pregunta no es fácil. Elementos tales como la existencia de accesos independientes, con la capacidad de uso separado que ello implica, la misma configuración objetiva del mismo, que bien podría apuntar a intenciones de uso separadas, residenciales o terciarias, o la posible división horizontal del edificio son elementos que podrían ser tenidos en cuenta.

En otros supuestos, distintos del ámbito inmobiliario, habría que ir a otro tipo de consideraciones, quizá referidas igualmente a la capacidad de uso separado, las características específicas de los bienes o servicios o su individualización por cualquier otro medio.

En última instancia, lo que se trataría es de determinar qué partes de un mismo bien o servicio son tales que admiten la individualización que preconiza el TJUE, vicaria de la precisión en la determinación del derecho a la deducción que se procura.

Ni que decir tiene que bienes o servicios intrínsecamente individualizables habrían de quedar al margen de estas consideraciones, debiendo especificarse la deducibilidad de las cuotas soportadas por ellos en atención a su destino (efectivo o previsible).

De igual modo, la tentación, en la que a veces se cae, de proceder a una separación de las prestaciones en factura artificiosa y alejada de la realidad, debería descartarse. Siendo que el IVA es un tributo que se caracteriza, entre otras, por la relevancia que tienen en su gestión las obligaciones formales, carece por completo de sentido que la forma prevalezca sobre el fondo y, so pretexto de la facturación separada de determinadas prestaciones, se procure una división ajena a la realidad de las transacciones. Será el uso de los bienes o servicios, o de partes de los mismos, lo que determine el derecho a la deducción del IVA soportado por ellos.

De vuelta a la sentencia, la distinción que en ella se hace de las cuotas soportadas por la adquisición o construcción del edificio y por su utilización o mantenimiento es ilustrativa de la dificultad que puede entrañar la aplicación efectiva de las anteriores consideraciones, que no se entiende necesaria en el primer caso, pero sí en el segundo.

En cuanto a **las prerrogativas y obligaciones del Estado** a la luz de la sentencia, su apartado 36, equivalente a la conclusión final, exime a los Estados de la obligación de admitir en sus ordenamientos la procedencia de la determinación del derecho a la deducción, para bienes y servicios cuya imputación a operaciones generadoras o no de dicho derecho sea difícil, conforme a criterios de afectación real. Dicho con otras palabras, en estos casos, de dificultad en la afectación, los Estados de la Unión pueden obligar a sus contribuyentes a determinar el derecho a la deducción del IVA soportado en atención a otros parámetros, como puede ser la cifra relativa de negocios o la superficie construida (a condición, en este segundo caso, de que el resultado sea más preciso que el obtenido por la aplicación del criterio basado en la cifra de negocios). Estas consideraciones admiten igualmente varias reflexiones.

La primera de ellas es obvia y se refiere a los **bienes y servicios** que se citan expresamente por el TJUE en su conclusión, que son los de uso mixto y **que no admiten una fácil especificación ulterior**. Para ellos, aunque con una dicción que no es precisamente sencilla (la lectura en inglés es probablemente más ilustrativa), lo que parece indicarse es la posibilidad que asiste a los Estados de disponer directamente la deducción de las cuotas soportadas por ellos bien a prorrata, bien conforme a métodos distintos, como sería el de la superficie construida (a condición de que estos últimos sean más precisos). Dicho con otras palabras, los Estados miembros no están obligados a admitir la afectación de una parte de los citados bienes y servicios a la realización de actividades específicas, generadoras, o no, del derecho a la deducción.

En buena lógica, no siendo obligatoria esta imputación para los Estados, nada debería impedir que, si lo tienen por oportuno, la admitan en sus ordenamientos.

Más compleja es la conclusión a la que haya de llegarse para el resto de bienes y servicios. De entrada, podría concluirse que respecto a los mismos sí que es obligatoria para los Estados de la Unión la admisión de la individualización en cuanto a su afectación que hemos proscrito con anterioridad, ello con la dificultad que siempre entraña la interpretación *a contrario sensu*.

La dificultad, en términos estrictamente legislativos, viene más bien referida a la frontera que habría de trazarse entre los bienes y servicios a los que es aplicable el criterio establecido por el TJUE y aquellos otros extramuros del mismo. La distinción parece venir referida a la dificultad en la imputación, pero, en términos *de lege ferenda*, una norma nacional que admitiese o no la imputación específica de los bienes y servicios adquiridos exclusivamente en atención a la dificultad de la misma se nos antoja fuente de previsibles controversias.

Para terminar en cuanto a la determinación del derecho a la deducción, hemos de reflexionar acerca del lugar en el que queda **la normativa interna** a la luz de las consideraciones que se hacen en esta sentencia.

Como es de todos sabido, el régimen que, por defecto, se establece en la Ley del IVA para la determinación del derecho a la deducción por parte de los contribuyentes que, simultáneamente, realizan operaciones generadoras del derecho a la deducción y otras que no lo generan es el de **la prorrata general**, conforme al cual el total del IVA soportado por dichos contribuyentes se determina conforme a la proporción que resulta del volumen de operaciones que corresponde a las operaciones que generan el derecho a la deducción respecto al total de las realizadas. Esta proporción o prorrata se aplica al total del IVA soportado, tanto por los bienes y servicios de uso mixto como por los que admiten una especificación más precisa de su utilización. El anclaje en el Derecho de la Unión de esta regulación parecía encontrarse en el artículo 173.2 d) de la Directiva 2006/112/CE. Únicamente siendo de aplicación la regla de prorrata especial, o en presencia de sectores diferenciados de la actividad, cabe una conclusión diferente.

Las consideraciones que se hacen por el TJUE en la sentencia Rey bien pueden cuestionar lo anterior, por cuanto, para bienes y servicios cuya imputación específica es factible, parece indicarse una aproximación diferente, en la que la deducibilidad del IVA se determine en atención a su destino específico. La deducción a prorrata se reservaría, pues, para bienes y servicios cuya imputación no sea posible o resulte excesivamente difícil.

Nótese que la preferencia que parece estarse dando a lo que en nuestro país calificamos como prorrata especial no es la primera vez que aparece. Amén de ser el régimen que se dispone por defecto en la directiva, y que se refuerza con las consideraciones que se contienen en la sentencia Rey, la propia normativa interna se dirige igualmente a este fin cuando admite, como ya es así, un cierto efecto retroactivo en la opción por ella y limita el margen de holgura que se permite en aplicación de la prorrata especial (*vide* modificación del art. 103.dos.2.º en vigor desde el 1 de enero de 2015).

El segundo ámbito sobre el que despliega efectos la sentencia es el alcance de la **obligación de regularización** de las cuotas soportadas por los sujetos pasivos.

En este caso, el TJUE fue bastante más claro en sus conclusiones, a la vez que lapidario. En la medida en que la regularización de las cuotas soportadas sirve al principio de incremento en la precisión de la determinación del IVA deducible por parte de los sujetos pasivos, una modificación del criterio conforme al que se determinan puede dar lugar a la obligación de regularizar el IVA deducido (cabe entender que para bienes de inversión, como son los inmuebles arrendados, a los que se refiere la sentencia).

Esta vocación de precisión es relevante por lo que se refiere a supuestos en los que puedan producirse circunstancias que afecten al IVA deducido, siempre que las mismas impliquen un incremento en el detalle del mismo, como pueden ser casos en los que pasen a aplicarse técnicas de deducción como los sectores diferenciados de la actividad o la prorrata especial, todos los cuales habrían de implicar los consiguientes ajustes. De igual modo, cualquier modificación de la norma que abunde en una mayor precisión en el IVA deducible podría, quizá debería, dar lugar a las consiguientes regularizaciones.

Finalmente, hay que hacer referencia a los **principios de seguridad jurídica y confianza legítima**, tal y como se aplican por el TJUE en el caso controvertido.

Como ya hemos explicado, el TJUE toma como punto de partida la incardinación de lo actuado en el seno de lo dispuesto por el artículo 20 de la Sexta Directiva, 184 y siguientes de la Directiva 2006/112/CE. Considerando, y esto es muy importante, la necesaria interpretación de la normativa nacional de los Estados miembros a la luz del Derecho de la Unión, así como la inexistencia de una limitación de derechos como consecuencia de la modificación legislativa adoptada, se entendió como innecesaria la previsión de un régimen transitorio para lo actuado.

Esta conclusión es de gran relevancia por lo que se refiere a posibles modificaciones legislativas que se puedan acometer y el tan a veces olvidado régimen transitorio que las habría de acompañar.

De entrada, es fundamental la determinación de si la norma de referencia puede, interpretada a la luz de la comunitaria, dar pábulo a la actuación administrativa controvertida, esto es, si la misma, sin necesidad de su adaptación, admite una interpretación como la pretendida. Como ya dijimos, este principio de interpretación de la norma nacional conforme a la comunitaria es una constante en la jurisprudencia comunitaria, partiendo de la importante Sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson, asunto 14/83 (NSJ054434).

En segundo lugar, hay que determinar si la normativa que se introduce *ex novo* puede suponer algún tipo de limitación de derechos o, en términos más generales, puede obligar a la realización de ajustes económicos de consideración. De ser este el caso, cabe entender, a partir tanto de la sentencia Rey como del resto de sentencias que se citan en ella, que sí sería preceptiva la definición del citado régimen de transitoriedad. Así puede ocurrir en supuestos en los que se incide en derecho a la deducción, obviamente, pero también en otros en los que se puedan afectar el resto de magnitudes del tributo.

A modo de **conclusión**, y sin dejar de destacar el elevado carácter técnico de la sentencia, hemos de insistir en la relevancia de la materia que le da origen, como es la correcta determinación del derecho a la deducción del IVA soportado, y en el creciente anacronismo de nuestra norma, la cual, como es sabido, opta por la prorrata general como régimen normal de determinación del IVA deducible, cuando son reiterados los pronunciamientos del TJUE en los que se indica la pertinencia de ajustar con algo más de **precisión** la **deducción** del IVA soportado.

EL PROCEDIMIENTO INSPECTOR EN CASO DE DELITO FISCAL Y LA DURACIÓN DE LAS ACTUACIONES INSPECTORAS (CASOS PRÁCTICOS)

Carlos Javier Lacorte Sentenach

Inspector de Hacienda del Estado

EXTRACTO

A través de estos supuestos prácticos, el autor da a conocer al lector, desde un enfoque eminentemente práctico, dos aspectos relativos al procedimiento inspector que en la reforma de la Ley General Tributaria, llevada a cabo por la Ley 34/2015, han sido profundamente modificados: continuación del procedimiento de inspección –con la liquidación y el cobro de la deuda tributaria– a pesar de la existencia de denuncia por delito contra la Hacienda Pública y plazo de las actuaciones inspectoras.

Palabras claves: procedimiento de inspección, plazo, delito contra la Hacienda Pública, reforma LGT y Ley 34/2015.

CASO 1. PROCEDIMIENTO INSPECTOR EN CASO DE DELITO FISCAL

Una importante empresa de fabricación y comercialización del sector textil (sociedad XX), que dedica gran parte de la producción a la exportación y con una facturación anual superior a los 50 millones de euros, formalizó un contrato de comisión mercantil por la utilización de su experiencia como empresa exportadora, realizando una «incursión» en el sector de productos electrónicos. Recibe facturas de 1.000.000 de euros cada uno de los meses de noviembre de 2013 a junio de 2014, con una cuota de impuesto sobre el valor añadido (IVA) soportado por factura al tipo del 21 % de 210.000 euros. Le factura una sociedad española que se encarga de colocar directamente el «producto» en Inglaterra limitándose la sociedad XX a facturar a la entidad inglesa recargando en un 5 % sobre el importe de la factura de compra. Dicho margen se reparte al 50 % entre XX y una persona «representante» de la empresa española suministradora del producto.

Las autoliquidaciones mensuales por el IVA presentadas por la sociedad XX, y el importe que corresponde a las cuotas de IVA soportado por las facturas de las citadas operaciones son las siguientes:

Ejercicio 2013

Mes	Declarado		Corresponde a factura
Octubre	IVA a compensar	100.000	
Noviembre	A compensar	250.000	210.000
Diciembre	A devolver	500.000	210.000

La solicitud de devolución de 500.000 euros presentada el 30 de enero de 2014 se hizo efectiva por la Administración tributaria el 1 de marzo de 2014.

Ejercicio 2014

Mes	Declarado		Corresponde a factura
Enero	A compensar	50.000	210.000
Febrero	A compensar	150.000	210.000
Marzo	A compensar	200.000	210.000
			.../...

Mes	Declarado		Corresponde a factura
.../...			
Abril	A compensar	50.000	210.000
Mayo	Ingreso	50.000	210.000
Junio	Ingreso	100.000	210.000
Julio	A compensar	100.000	
Agosto	A compensar	300.000	
Septiembre	A compensar	500.000	
Octubre	A compensar	750.000	
Noviembre	A compensar	900.000	
Diciembre	A devolver	1.100.000	

Con ocasión de la solicitud de devolución de 1.100.000 euros presentada el 30 de enero de 2015 se inicia un procedimiento de comprobación inspectora por el concepto de IVA y ejercicios 2013 y 2014 con comunicación de inicio el día 1 de abril de 2015. La Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) del domicilio fiscal de la sociedad XX había recibido una ficha de colaboración de la Delegación de la AEAT del domicilio de la entidad emisora de las facturas de productos electrónicos, por la que se advertía de que formaba parte de una trama de «fraude carousel» del IVA y que una de las empresas receptoras de las facturas emitidas era la sociedad XX.

Se pide:

Comentar el desarrollo de las actuaciones inspectoras sabiendo que a 12 de octubre de 2015 –fecha de entrada en vigor de la Ley 34/2015 de reforma de la Ley General Tributaria (LGT)– no se había confeccionado informe de delito para la presentación de denuncia o querrela por delito fiscal.

SOLUCIÓN

Iniciada la inspección mediante comunicación de fecha 1 de abril de 2015, se levanta una serie de diligencias en las que se incorpora la documentación relacionada con las ocho operaciones objeto de análisis, contrato de mediación, facturas, documentación relacionada con el pago

de las mismas, documentación de transporte de mercancía, etc. También se reflejan en diligencia las manifestaciones del administrador único de la sociedad XX en las que afirma que le puso en contacto con la empresa emisora de las facturas su agente de aduanas al que conoce desde hace muchos años y que es la persona con la que se reparte al 50% la comisión que le generan las operaciones. Indica que no se le plantearon dudas cuando entró en las operaciones ya que no se asumía ningún riesgo –no tenía que pagar las facturas hasta que, a su vez, no había cobrado de la empresa inglesa, y que de golpe, en junio de 2014, dejó de operar porque se enteró por un artículo de prensa de la existencia de operaciones de fraude en el IVA parecidas a las que estaba efectuando, si bien consultado el tema con su agente de aduanas, este le dijo que no tenían nada que ver.

La inspección constata de que estamos en presencia de un «fraude carrusel», la emisora de las facturas no declara el IVA repercutido a XX, la mercancía facturada a la empresa inglesa no entra en Inglaterra sino que por orden de la empresa inglesa se envía a Francia, es dudoso incluso de que exista mercancía, etc.

Efectuado el cálculo del fraude, la incidencia de las ocho facturas en las autoliquidaciones del IVA en los dos últimos meses de 2013 y los seis primeros meses de 2014 sería el siguiente:

Ejercicio 2013

Mes	Declarado		Factura irregular	Comprobado
Octubre	IVA a compensar	100.000		
Noviembre	A compensar	250.000	210.000	40.000
Diciembre	A devolver	500.000	210.000	80.000
				(A devolver)

Obtención indebida de devolución por:

$$500.000 \text{ (devuelto)} - 80.000 \text{ (devolución procedente)} = 420.000 \text{ euros}$$

Ejercicio 2014

Mes	Declarado		Factura irregular	Comprobado
Enero	A compensar	50.000	210.000	160.000 a ingresar
				.../...

Mes	Declarado	Factura irregular	Comprobado	
.../...				
Febrero	A compensar	150.000	210.000	110.000 a ingresar
Marzo	A compensar	200.000	210.000	160.000 a ingresar
Abril	A compensar	50.000	210.000	360.000 a ingresar
Mayo	Ingreso	50.000	210.000	310.000 a ingresar
Junio	Ingreso	100.000	210.000	310.000 a ingresar
Julio	A compensar	100.000		100.000 a compensar
Agosto	A compensar	300.000		300.000 a compensar
Sept.	A compensar	500.000		500.000 a compensar
Oct.	A compensar	750.000		750.000 a compensar
Nov.	A compensar	900.000		900.000 a compensar
Dic.	A devolver	1.100.000		1.100.000 a devolver

Dejar de ingresar por: 1.610.000 (comprobado enero a junio) – Ingresado 150.000 (mayo y junio) = 1.460.000 euros

El cómputo anual del ejercicio 2014 supone:

Ha dejado de ingresar por las cuotas de IVA soportado de las seis facturas 1.460.000 (de enero a junio). Y por otra parte solicita a fin de ejercicio la devolución de 1.100.000 euros que provienen de la actividad ordinaria de la empresa:

$$\begin{array}{r}
 1.460.000 \\
 -1.100.000 \\
 \hline
 360.000 \text{ euros dejados de ingresar}
 \end{array}$$

Resumen:

- Ejercicio 2013: Obtención indebida de devolución por 420.000 euros
- Ejercicio 2014: Dejar de ingresar por 360.000 euros

Concluye la fase de instrucción y recopilación de documentación y pruebas por parte de la inspección en octubre de 2015 y se plantea qué nivel de integración en la trama de facturas falsas y «fraude carrusel» tiene la entidad XX con base en cuatro niveles:

- 1.º Participación activa en la construcción de la trama. Supone una actuación plenamente consciente y dolosa. Las personas que construyen el entramado de «truchas» y «pantallas» planifican para defraudar. Toda la estructura es puro fraude, no existe ninguna actividad empresarial real. Una modalidad menos artificiosa de este primer nivel sería la elaboración de dicho entramado alrededor de una empresa con actividad real que utiliza la trama enmascarándola con su actividad ordinaria.
- 2.º Dado el nivel de fraude alcanzado en el IVA, llega un momento en que las estructuras creadas para defraudar «gozan de vida propia», se independizan de sus creadores, llegan a la mayoría de edad y empiezan a relacionarse con terceras personas, que acuden a ellas a proveerse de facturas falsas. Estas personas no han creado la trama pero la buscan, van a su encuentro, consciente, y dolosamente, se sirven de ellas. Pueden utilizar una empresa creada por ellos para defraudar, al margen de la trama que van a utilizar, o bien tratarse de una empresa que tiene una actividad normal que va a combinar con la actuación fraudulenta.
- 3.º La trama «acude» al mercado, busca «clientes» ofreciendo participar en sus «beneficios». El cliente captado en estas condiciones –sabe que de lo que se trata, en definitiva, es de defraudar a la Hacienda Pública cuotas de IVA, participando en una parte del botín– actúa consciente y dolosamente. Normalmente se trata de empresas que tienen también una actividad normal libre de toda sospecha.
- 4.º La trama capta a una empresa que, inconscientemente, y normalmente engañada por la facilidad de la operativa que se le ofrece y del beneficio que obtiene, es utilizada para el fraude. Aquí la trama no se muestra tal cual, sino que engaña a la que utiliza mediante el señuelo de un negocio fácil. En este caso la conducta no es dolosa, pero seguramente estamos ante una conducta culposa y negligente de la empresa captada, que no ha adoptado las mínimas medidas que exige una prudente y ordenada administración de sus intereses evitando que alguien utilice su estructura para defraudar. Se trata de empresas que tienen una actividad ordinaria y cuya captación inconsciente es muy apreciada por la trama, ya que da a su estructura una apariencia libre de sospecha: anticipan la estafa que va en última instancia dirigida a la Hacienda Pública, estafando a una empresa normal con el señuelo de una comisión, si en última instancia Hacienda no devuelve, la estafa se habrá consumado en su persona. (Versión moderna del timo de «la estampita»).

En opinión de la inspección la posición de la sociedad XX en la trama en que está integrada –desde una visión de conjunto de todas las circunstancias observadas en sus actuaciones relacionadas con las operaciones objeto de investigación por la inspección– puede encuadrarse en el tercer grupo considerado. Se descartan las dos primeras posiciones dado

que no parece que la sociedad XX haya construido la trama o haya ido en su búsqueda. También se descarta la cuarta posición dado que ese mismo conjunto de indicios en su comportamiento inclinan a sostener que, bien desde el momento inicial de la firma del contrato de intermediación mercantil, o en otro posterior –pero antes de solicitar la devolución a Hacienda del ejercicio 2013 y de dejar de ingresar las cuotas correspondientes a 2014– ha sido consciente de intervenir en una trama.

Con base en lo expuesto la inspección decide que procede denunciar la conducta del contribuyente por la comisión de dos delitos fiscales, uno que corresponde a obtención de devolución tributaria por más de 120.000 euros en 2013 y otro por dejar de ingresar cuotas superiores a 120.000 euros en 2014.

Esta situación se produce una vez que ha entrado en vigor –el 12 de octubre de 2015– la reforma de la LGT por la Ley 34/2015 –que, siguiendo la pauta de la reforma del delito contra la Hacienda Pública propiciada por la Ley Orgánica 7/2012– permite novedosamente combinar la continuación del procedimiento inspector con la liquidación y el cobro de la deuda tributaria, con la denuncia por delito fiscal ante la jurisdicción de lo penal. Hasta la reforma de 2012, la Administración tributaria debía suspender el procedimiento de inspección una vez se constatará la existencia de un posible delito fiscal hasta que el juez de lo penal se pronunciara al respecto.

En este sentido, el artículo 305.5 del Código Penal (CP) (modificado por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre) establece lo siguiente:

«Cuando la Administración tributaria apreciare indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá **liquidar de forma separada**, por una parte los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública.

La liquidación indicada en primer lugar en el párrafo anterior seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública **seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria**, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal.

La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación».

La disposición transitoria única, apartado 8, de la Ley 34/2015, que regula el régimen transitorio de entrada en vigor de la reforma de la LGT, establece:

«Lo dispuesto en el título VI de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria resultará de aplicación en los procedimientos iniciados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta ley en los que, concurriendo los indicios a los que se refiere el artículo 250.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, a dicha fecha aún no se hubiese producido el pase del tanto de culpa a la jurisdicción competente o la remisión del expediente al Ministerio Fiscal».

Ello significa que el nuevo procedimiento de liquidación en caso de existencia de delito contra la Hacienda Pública resultará aplicable a los procedimientos de inspección en curso respecto de los que en la fecha de entrada en vigor de la reforma de LGT (**12 de octubre de 2015**) no se haya producido el pase del tanto de culpa a la jurisdicción competente o la remisión del expediente al Ministerio Fiscal.

Por su parte el nuevo artículo 250 de la LGT establece que cuando la Administración tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública se continuará la tramitación del procedimiento con arreglo a las normas generales que resulten de aplicación, sin perjuicio de pasar el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal, y con sujeción a las reglas establecidas en el título VI.

En el caso de la **liquidación de los elementos de la obligación tributaria vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública**:

- Esta liquidación tendrá carácter *provisional* [art. 101.4 c) LGT].
- *No se iniciará el procedimiento sancionador* (si se hubiese iniciado se entenderá concluido con la REMF, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento sancionador si no se apreciase la existencia de delito de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados).
- La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos.
- En los delitos contra la Hacienda Pública, *cuando la Administración tributaria hubiera dictado un acto de liquidación, la existencia del procedimiento penal no paralizará la actuación administrativa* y podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 305.5 del CP.

Veamos el procedimiento que seguirá la inspección una vez constatada la existencia de posible delito contra la Hacienda Pública a partir del 12 de octubre de 2015:

Cuando la Administración tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública (y no concurran los supuestos del artículo 251.1 de la LGT que impidan dictar la liquidación) procederá formalizar una **propuesta de liquidación vinculada al delito** expresando los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa la misma. La propuesta se formaliza el día 15 de octubre de 2015.

La propuesta se notifica el día 16 de octubre de 2015 al obligado tributario concediéndole un **trámite de audiencia** de 15 días naturales, contados a partir del siguiente al de notificación de la propuesta. (El trámite concluye el día 31 de octubre de 2015).

Transcurrido el trámite de audiencia, el órgano competente (inspector jefe) dicta la **liquidación**, el 10 de noviembre de 2015, **con autorización previa o simultánea** del Delegado Especial de la AEAT que se produce ese mismo día, cuando se considera, como es el caso, de que la regularización procedente pone de manifiesto la existencia de un posible delito contra la Hacienda Pública.

El procedimiento de comprobación finaliza (respecto de los elementos de la obligación tributaria regularizados mediante dicha liquidación) **con la notificación** al obligado tributario de la liquidación, que se produce el 16 de noviembre de 2015, advirtiendo de que el periodo voluntario de ingreso solo comenzará a computarse una vez que sea notificada la admisión a trámite de la denuncia o querrela, en los términos del artículo 255 de la LGT.

Una vez dictada la liquidación administrativa, se procede a remitir el expediente al Ministerio Fiscal el 20 de noviembre de 2015. Se admite la querrela con fecha 16 de diciembre de 2015.

La Administración tributaria notifica el 21 de diciembre de 2015 a la sociedad XX que la querrela por la comisión de los dos delitos fiscales ha sido admitida a trámite el 16 de diciembre de 2015.

El plazo voluntario de ingreso para el pago de la liquidación de los 420.000 euros (más intereses de demora) correspondientes al ejercicio 2013, y de la liquidación de 360.000 euros (más intereses de demora) correspondiente a 2014 concluirá el 5 de febrero de 2016. (Plazo del art. 62.2 LGT).

Dada la solvencia de la sociedad XX la inspección no ha propuesto adopción de medidas cautelares según lo establecido en el artículo 81 de la LGT.

Hay que tener en cuenta que la Ley 34/2015 modifica los apartados 6 y 8 del citado artículo 81 fundamentalmente *para adaptar la regulación de la adopción de medidas cautelares por la Administración tributaria a los nuevos procedimientos derivados de la reforma habida en materia de delito fiscal* en relación con el régimen a seguir en el caso de que la Administración tributaria adopte medidas cautelares cuando se esté tramitando el procedimiento de inspección que acabará en denuncia de los hechos por delito fiscal, siendo necesario tener presente con la nueva regulación:

Que la disposición final primera de la Ley 34/2015 modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal añadiendo un nuevo artículo 614 bis con el siguiente contenido:

«Una vez iniciado el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública, el juez de lo penal **decidirá acerca de las pretensiones** referidas a las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 81 de la LGT».

También la disposición final tercera, apartado dos, introduce una nueva disposición adicional décima a la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que con el título de «Delitos contra la Hacienda Pública» establece en su párrafo segundo:

«Una vez iniciado el correspondiente proceso penal por delito contra la Hacienda Pública **tampoco corresponderá al orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocer de las pretensiones** que se deduzcan respecto de las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 81 de la LGT».

Una vez recibida la comunicación de inicio del periodo voluntario de pago, la sociedad XX solicita la suspensión de las liquidaciones al juez de lo penal aportando aval bancario. El juez acuerda la suspensión. (Último párrafo del art. 305.5 CP).

CASO 2. DURACIÓN DE LAS ACTUACIONES INSPECTORAS

Con fecha 13 de octubre de 2015 se deposita, en la dirección electrónica habilitada de la sociedad Z, comunicación de inicio de actuaciones inspectoras que es recibida ese mismo día. El concepto de las actuaciones se refiere al impuesto sobre sociedades, periodos 2011 a 2013, e IVA, periodos octubre 2011 a diciembre 2013.

La sociedad Z es una importante empresa del sector agropecuario dedicada a la fabricación de piensos y cría y engorde de ganado porcino, tiene una cifra de negocio superior a los 50 millones de euros, audita cuentas obligatoriamente y está dada de alta en el régimen mensual de exportadores de IVA.

La primera visita de la inspección se efectúa en el domicilio social de la empresa el día 20 de noviembre de 2015, en la que se había preparado un recorrido por sus instalaciones para mostrar y explicar el proceso productivo al inspector actuario. También se aprovecha la visita para facilitarle un CD que, según manifiestan el director financiero y el asesor de la empresa, contiene los Diarios de contabilidad y los Libros Registro de IVA de los periodos objeto de comprobación. Se acuerda con los responsables de la empresa avisarles caso de que haya algún problema con el contenido del CD o con el tratamiento de datos.

El 20 de febrero de 2016 el actuario remite una comunicación a la sociedad Z en la que solicita se subsane la omisión detectada al procesar el CD por informática tributaria ya que no se ha incluido el Diario correspondiente al ejercicio 2013 y los Libros de IVA de dicho ejercicio.

El 1 de marzo de 2016 el asesor de la empresa se pone en contacto telefónico con el inspector y le dice que se está preparando un nuevo CD con los datos omitidos de 2013 y que, cuando se lo faciliten, se lo llevará en persona a su despacho.

En vista de que no se aporta el nuevo CD, el 20 de mayo de 2016 el inspector actuario vuelve a remitir una segunda comunicación a la empresa reclamando la documentación que falta.

El 20 de junio de 2016 se persona en la sede de la inspección el asesor y le dice al actuario que, en los próximos días el director financiero de la empresa le remitirá el CD con el Diario y los Libros de IVA de 2013 y que ello no debe suponer un problema para que ya pueda trabajar con los datos facilitados de los periodos anteriores. Además le comunica que se va a ausentar un tiempo porque va a cursar un máster a EE. UU. y que estará fuera tres meses. Solicita que se suspenda la inspección hasta su vuelta. El inspector diligencia la visita, requiriendo de nuevo la documentación que falta y, de mutuo acuerdo, concede la suspensión solicitada a contar desde el día 1 de julio y por el plazo máximo legal.

El asesor se persona el 20 de octubre de 2016 aportando un nuevo CD con el Diario y los libros de IVA de 2013 que reiteradamente había solicitado el actuario, también comunica al inspector que ya está de nuevo a su disposición para continuar la inspección. Se diligencian debidamente estas circunstancias de la visita.

El 10 de diciembre de 2016 –por medio de correo electrónico remitido al asesor y al director financiero–, se solicita la preparación de determinada documentación para aportar a la inspección en visita que se anunciará oportunamente para después de las festividades de Navidad, ya que antes será imposible porque el actuario va a sufrir una operación quirúrgica programada para el 15 de diciembre de 2016 y que le tendrá de baja previsiblemente un mes. Una vez recuperado, el inspector fija la visita para el 20 de febrero de 2017, ese día se facilita toda la documentación solicitada que se diligencia y el inspector manifiesta que, una vez que la haya estudiado, se pondrá en contacto con la empresa.

El 1 de septiembre de 2017 el actuario efectúa una nueva visita a la empresa y pone sobre la mesa las diferencias que supondrán la propuesta de regularización que incorporará a las actas de inspección.

Después de arduas negociaciones que se desarrollan a lo largo del cuarto trimestre de 2017 que no se reflejan documentalmente pero que, sin duda, han existido, por fin, el 10 de enero de 2018, se diligencia la puesta de manifiesto del expediente con trámite de audiencia sin que se efectúen nuevas alegaciones y se firman Actas A-01 de conformidad el 20 de marzo de 2018.

Se pide:

Comentar las incidencias en relación con el plazo de las actuaciones inspectoras e indicar la fecha límite de firma de Actas A-01 para que no se perjudique el expediente.

SOLUCIÓN

La Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, reforma el artículo 150 de la citada ley que regula el «plazo de las actuaciones inspectoras» siendo la entrada en vigor de la mencionada regulación el día 12 de octubre de 2015 y de aplicación a los procedimientos de inspección que se inicien a partir de dicha fecha.

Las características de esta normativa que va a regular el plazo de las actuaciones inspectoras son las siguientes:

1.º Las actuaciones del procedimiento de inspección deben concluir en el plazo de:

- **18 meses con carácter general.**
- **27 meses cuando concurren determinadas circunstancias** [art. 150.1 a) y b) LGT] *en cualquiera de las obligaciones tributarias o periodos objeto de comprobación:*

1.ª Que la Cifra Anual de Negocios del obligado tributario \geq a la requerida para auditar sus cuentas \rightarrow 5.700.000 euros (*hay que entender que se pretende dar una cifra objetiva*).

2.ª Que el obligado tributario esté integrado en un Grupo sometido al régimen de consolidación fiscal (IS) o al régimen especial del grupo de entidades (IVA) que esté siendo objeto de comprobación inspectora.

2.º Ahora, habrá que considerar periodos definidos de forma objetiva en la ley:

- **Suspensión** del cómputo del plazo (art. 150.3 LGT).
- **Extensión** del cómputo del plazo (art. 150.4 y 5 LGT).

3.º **Los efectos de las interrupciones injustificadas** (no realizar actuación alguna durante más de seis meses por causas no imputables al obligado tributario –art. 150.2 LGT–) **desaparecen.**

4.º Las consecuencias de superar el plazo del procedimiento inspector son las mismas que las previstas antes de la reforma de la LGT.

Cómputo del plazo del procedimiento inspector (art. 150.2 LGT):

El plazo se contará:

Desde la fecha de notificación al obligado tributario del inicio del procedimiento inspector.

Hasta la fecha que se notifique o se entienda notificado el acto administrativo resultante del procedimiento inspector.

A efectos de entender cumplida la *obligación de notificar y de computar el plazo de resolución*, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución (es decir, en parecidos términos que el art. 104.2 LGT. No obstante en este artículo se dice: «A los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos»).

En el caso de **sujetos obligados o acogidos voluntariamente a recibir notificaciones practicadas a través de medios electrónicos**, la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos se entenderá cumplida con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración tributaria o en la dirección electrónica habilitada (art. 104.2 LGT, segundo párrafo).

En la **comunicación de inicio** del procedimiento inspector **se informará** al obligado tributario del **plazo que le resulte aplicable** (18 meses o 27 meses).

Si las circunstancias para que el plazo sea de 27 meses se aprecian durante el desarrollo de las actuaciones inspectoras, este será el plazo aplicable *contado desde la notificación de la comunicación de inicio*, lo que se pondrá en conocimiento del obligado tributario.

El plazo será único para todas las obligaciones tributarias y periodos que constituyan el objeto del procedimiento inspector (aunque las circunstancias para la determinación del plazo solo afecten a algunas de las obligaciones o periodos incluidos en el mismo) salvo el supuesto de desagregación previsto en el artículo 150.3 de la LGT.

A efectos del cómputo del plazo del procedimiento inspector, **no será de aplicación** lo dispuesto en el artículo 104.2 de la LGT respecto de los **periodos de interrupción justificada ni de dilaciones** en el procedimiento por causa no imputable a la Administración (el art. 104.2 LGT, se modifica para incluir los periodos de suspensión del plazo. Los **periodos de interrupción justificada y de dilaciones** siguen siendo de aplicación en otros procedimientos de aplicación de los tributos).

Para computar el plazo:

Dado que el cómputo del plazo ha de producirse desde la notificación del inicio de las actuaciones hasta la notificación resultante de las mismas, **ha de tomarse como día inicial el mismo día en que se comunica el inicio de las actuaciones y no el día siguiente**.

Los plazos contemplados en la LGT que comienzan en la misma fecha de producción de un acto o su notificación y que se computan por meses, **finalizan en el día correspondiente al ordinal anterior al inicial del cómputo**, en el mes correspondiente.

Si existen periodos de suspensión del procedimiento y/o de extensión del plazo, este se cuenta de la siguiente forma:

- **Si no existen interrupciones de cómputo** → por meses de fecha a fecha (como dice el art. 150.1 LGT).
- **Si existen interrupciones de cómputo** → por días [según art. 102.5 del RD 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (en adelante RA)], que habrá de modificarse, se cuentan por días naturales «los periodos de interrupción justificada y las dilaciones por causa no imputable a la Administración».

El plazo de 12 meses de las actuaciones inspectoras, cuando se produzcan interrupciones de cómputo, no puede computarse de «fecha a fecha» sino en un número de días, que pueden ser 366 días si dentro de las actuaciones se encuentra el mes de febrero de un año bisiesto.

La nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley de PAC), con fecha de entrada en vigor el 2 de octubre de 2016, regula el cómputo de plazos en su artículo 30. En concreto, en su apartado 2 establece:

«Siempre que por ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que estos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos.

Cuando los plazos se hayan señalado por días naturales por declararlo así una ley o por el Derecho de la Unión Europea, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones».

En cambio, como decíamos, el artículo 102.5 del RA establece el cómputo por días naturales cuando se trata de periodos de interrupción justificada o de dilaciones por causa no imputable a la Administración. Probablemente habrá que modificar el RA para adaptarlo a la nueva Ley de PAC, cuando esta haya entrado en vigor pero, hasta que ello no ocurra, deberemos seguir contando por días naturales.

Por último, señalar cuándo se entiende notificado el acto administrativo de liquidación derivado de las actas de inspección:

- Actas con acuerdo → art. 155.5 LGT → acto administrativo tácito 10 días.
- Actas de conformidad → art. 156.3 LGT → acto administrativo tácito 1 mes.
- Actas de disconformidad → art. 157.5 LGT → acto administrativo expreso.

Una vez establecidos los antecedentes anteriores vamos a resolver el ejercicio planteado:

En principio, si no hubiera ninguna incidencia en el procedimiento de inspección, la duración máxima del mismo sería 27 meses –ya que estamos ante un contribuyente con obligación de auditar sus cuentas anuales–, contados desde el día 13 de octubre de 2015 –fecha de recepción de la comunicación de inicio de las actuaciones–, y que concluiría el día 12 de enero de 2018.

Vamos a comentar las incidencias que se plantean en el procedimiento, si bien es preciso puntualizar desde el primer momento, y más cuando estamos ante una regulación reciente, que nunca conviene apurar el plazo para evitar perjudicar el expediente administrativo.

1.º Extensión del plazo máximo de duración (art. 150.4 y 5 LGT)

Tiene lugar este mayor plazo de duración del procedimiento inspector por determinadas actuaciones imputables al obligado tributario:

- **A solicitud del obligado tributario** –*días de cortesía*– (art. 150.4 LGT).

Antes de la apertura del trámite de audiencia, en los términos que reglamentariamente se establezcan, el obligado tributario podrá solicitar uno o varios periodos en los que la inspección no podrá efectuar actuaciones con él y quedará suspendido el plazo para atender los requerimientos que se le efectúen. *Dichos periodos no podrán exceder en su conjunto de 60 días naturales para todo el procedimiento y supondrán una extensión del plazo máximo de duración del mismo.*

El órgano actuante podrá denegar la solicitud si no se encuentra suficientemente justificada o si se aprecia que puede perjudicar el desarrollo de las actuaciones. La denegación no podrá ser objeto de recurso o reclamación económico-administrativa.

Por tanto, este caso concreto de suspensión del plazo no opera automáticamente pues requiere que la solicitud de suspensión se encuentre «suficientemente justificada» y además que dicha solicitud no perjudique el desarrollo de las actuaciones.

El asesor solicita días de cortesía porque se va a EE. UU. a cursar un máster y el actuario le admite el tiempo máximo (60 días naturales) no los tres meses que dice el asesor que va a estar en EE. UU.

En consecuencia tenemos una primera extensión del plazo de las actuaciones de 60 días naturales.

- **Aportación tardía de documentación** (art. 150.5 LGT):

Cuando el obligado tributario, durante el desarrollo del procedimiento inspector, manifieste que no tiene o no va a aportar la información o documentación solicitada o no la aporta íntegramente en el plazo concedido en el tercer requerimiento

(parece que, en caso de no aportar íntegramente la documentación habrá de ser requerida por la inspección tres veces) → su aportación posterior determina:

Si la aportación se produce una vez transcurridos al menos 9 meses desde el inicio del procedimiento inspector ⇒ Extensión plazo máximo duración del procedimiento inspector **3 meses**.

En el caso que nos ocupa, el obligado tributario aporta el Diario de la contabilidad y los libros de IVA de 2013 el 20 de octubre de 2016 cuando ya han transcurrido más de 9 meses desde el inicio de la inspección –ha pasado un año y 7 días desde que se inició el 13 de octubre de 2015–. Además la inspección los había requerido:

- 1.º En la comunicación de inicio de 13 de octubre de 2015.
- 2.º El 20 de febrero de 2016 mediante comunicación remitida a la empresa.
- 3.º El 20 de mayo de 2016 mediante nueva comunicación.
- 4.º Mediante diligencia de 20 de junio de 2016.

Tenemos una segunda extensión del plazo de las actuaciones de 3 meses.

2.º Suspensión del cómputo del plazo del procedimiento inspector (art. 150.3 LGT)

El cómputo del plazo se suspenderá desde el momento en que concorra alguna de las siguientes circunstancias (Es una lista cerrada. Se definen en la ley de forma objetiva. Son periodos que se descuentan para determinar el plazo de duración del procedimiento. Se trata de supuestos que impiden la continuación del procedimiento –*son supuestos que actualmente recoge el RA en el art. 103 como periodos de interrupción justificada*–):

- a) **La remisión del expediente al Ministerio Fiscal o a la jurisdicción competente** sin practicar liquidación en caso de existencia de delito de acuerdo con lo señalado en el artículo 251 de la LGT.
 - *Además se interrumpe la prescripción, artículo 68.1 b) de la LGT.*
- b) **Recepción de una comunicación de un órgano jurisdiccional** en la que se ordene la suspensión o paralización respecto de determinadas obligaciones tributarias o elementos de las mismas de un procedimiento inspector en curso.
- c) Planteamiento de **conflicto ante las juntas arbitrales**.
- d) Notificación al interesado de remisión del expediente de **conflicto en la aplicación de la norma tributaria** a la comisión consultiva.

- e) **Intento de notificación de la propuesta de resolución o de liquidación o del acuerdo para completar las actuaciones en caso de actas de conformidad** [art. 156.3 b) LGT].
- f) Concurrencia de una **causa de fuerza mayor** (*sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables, art. 1.105 del Código Civil*) que obligue a suspender las actuaciones.

Para computar el plazo de suspensión:

- La suspensión del cómputo del plazo tendrá **efectos desde que concurran las circunstancias antes señaladas, lo que se comunicará al obligado tributario a efectos informativos** (salvo que con esta comunicación pudiera perjudicarse la realización de investigaciones judiciales, circunstancia que deberá quedar suficientemente motivada en el expediente). En esta **comunicación**, se detallarán los periodos, obligaciones tributarias o elementos de estas que se encuentran suspendidos y aquellos otros respecto de los que continúa el procedimiento por no verse afectados por dichas causas de suspensión.
- La suspensión **finalizará** cuando tenga **entrada en el registro de la correspondiente Administración tributaria** el documento del que se derive que ha cesado la causa de suspensión, se consiga efectuar la notificación o se constate la desaparición de las circunstancias determinantes de la fuerza mayor. No obstante, en el caso del conflicto en la aplicación de la norma, el plazo de suspensión no podrá exceder del plazo máximo para la emisión del informe (3 meses + 1 mes de ampliación, art. 159.4 LGT).
- Una vez finalizada la suspensión, el procedimiento continuará por el plazo que reste.

En el caso planteado puede considerarse una causa de fuerza mayor para suspender el procedimiento la enfermedad del inspector que requiere intervención quirúrgica que le supone la baja de un mes, parece que, como se ha notificado oficialmente este hecho a la empresa, *podríamos alargar el procedimiento de inspección ese mes de baja*.

Resumen de plazos:

- Plazo general de la inspección: 27 meses.
- Plazo de suspensión: 1 mes (por fuerza mayor).
- Plazos de extensión:
 - 3 meses (aportación tardía documentación).
 - 60 días naturales (cortesía).

Cómputo:

- Inicio inspección: 13 de octubre de 2015.
- 27 meses: 12 de enero de 2018.
- 1 mes: 12 de febrero de 2018.
- 3 meses: 12 de mayo de 2018.
- 60 días naturales: **11 de julio de 2018. Fecha límite finalización inspección.**

Fecha límite firma actas A-01 de conformidad el 11 de junio de 2018

Según el enunciado del ejercicio se han firmado las Actas A-01 el 20 de marzo de 2018, con suficiente tiempo para que no sea necesario computar, por ejemplo, el mes por la enfermedad del inspector, que sería el caso más problemático si hubiera pleito. (Normalmente la «fuerza mayor» dará lugar a discusión al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, y hay que tratar de evitar computarlo para entender acabado en plazo el expediente administrativo de inspección).

Las actas firmadas el 20 de marzo de 2018 se entenderán confirmadas tácitamente por el transcurso de un mes y se entenderán notificados los actos de liquidación derivados de las mismas el 20 de abril de 2018.

CRÍTICA A LAS CONSTRUCCIONES CONCEPTUALES PROPUESTAS POR EL IASB PARA LOS PASIVOS DE NATURALEZA CONTINGENTE

Santiago Iglesias Escudero

*Técnico de Auditoría e Inspección Externa.
Dirección General de Supervisión del Banco de España
Doctor en Economía Financiera y Contabilidad y
Doctor en Derecho Procesal Concursal*

Este trabajo ha obtenido un **Accésit del Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Contabilidad y Administración de Empresas**.

El jurado ha estado compuesto por: don Germán DE LA FUENTE ESCAMILLA, don Eric DAMOTTE, doña Clara I. MUÑOZ COLOMINA, don Alfonso OSORIO ITURMENDI y don Alberto PLACENCIA PORRERO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

Este trabajo representa una reflexión crítica de carácter conceptual sobre los desarrollos normativos elaborados por el IASB en torno a los pasivos de naturaleza incierta. En efecto, el presente estudio identifica las deficiencias e inconsistencias del proyecto de investigación que se está llevando a cabo para la reforma de la NIC 37, centrándose en el análisis de los documentos de trabajo publicados y de los debates celebrados en el seno del Consejo, así como de las críticas y comentarios suscitados a raíz de los procesos de consulta promovidos por el órgano regulador.

Del análisis crítico realizado, especialmente interesado en el modelo propuesto por el IASB, se derivan los siguientes resultados principales: a) un ámbito de aplicación contradictorio con el espíritu de la norma; b) una grave confusión terminológica y conceptual que lleva a la eliminación defectuosamente justificada del término «pasivo contingente»; c) la omisión de información financiera relevante asociada a las obligaciones posibles; d) una perfectible definición de obligación presente que trae como consecuencia un incremento en el número de partidas no reconocidas contablemente; e) la introducción de una artificiosa construcción, las llamadas *stand-ready obligations*, para justificar el reconocimiento excepcional de algunas de las obligaciones posibles; y f) una seria incoherencia entre el concepto de obligación implícita y la definición de obligación.

Palabras claves: NIC 37, obligaciones, obligaciones implícitas, pasivos contingentes y provisiones.

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

CRITICISMS TO CONCEPTUAL CONTRIBUTIONS ON CONTINGENCIES PROPOSED BY IASB

Santiago Iglesias Escudero

ABSTRACT

This paper represents a critical conceptual reflection on the regulatory researches coming from the IASB on uncertain liabilities. Thus, the present study identifies weaknesses and inconsistencies of the research project to amend IAS 37, focusing on the analysis of the provided staff papers and meeting debates at the Board, as well as of the received comments during the invitation to comment periods.

From the critical analysis presented, the following main results have been achieved: a) the scope of the model proposed by the IASB denies the spirit of the standard; b) there is a serious confusion in terminology and concepts, which results in an unjustified removal of the term «contingent liability»; c) relevant financial information related to possible obligations is omitted; d) the current definition of present obligation increases the number of unrecognized events; e) the IASB introduces the complex concept of «stand ready» obligations in order to justify the recognition of some of the possible obligations (product warranties); and f) there is a serious inconsistency between the concept of constructive obligation and the definition of an obligation.

Keywords: IAS 37, obligations, constructive obligations, contingent liabilities, provisions and «stand ready» obligations.

Sumario

- I. Particularidades de la contabilidad de los pasivos de naturaleza contingente: justificación de la investigación y revisión de la literatura
 1. Objetivos de la información financiera
 2. Las situaciones de naturaleza incierta y la manipulación contable
 3. Los distintos enfoques en la contabilidad de pasivos de naturaleza contingente
 4. Justificación del trabajo de investigación
- II. Objetivos del proyecto del IASB y ámbito de aplicación
 1. Objetivos del proyecto
 2. El problema de un ámbito de aplicación desbordante
- III. Cuestiones terminológicas y confusión conceptual: abandono de los términos «provisión» y «pasivo contingente»
 1. Provisiones versus pasivos no financieros
 2. Desacertada identificación entre los conceptos «contingente» y «condicional» como base para la eliminación del término «pasivo contingente»
- IV. Problemática relativa al concepto de obligación presente
 1. Sentido del término «espera» en la actual definición de pasivo
 2. Dificultades en la determinación de la existencia de una obligación presente
 3. Tendencias del IASB puestas de manifiesto en los proyectos de modificación de la NIC 37 y del Marco Conceptual
 4. Incertidumbres asociadas al nacimiento de las obligaciones
 5. Orientaciones ofrecidas por el IASB para la identificación del nacimiento de obligaciones en escenarios inciertos
- V. Obligaciones de estar preparado (*stand-ready obligations*)
 1. El contrasentido de las obligaciones posibles
 2. Sucesos pasados inciertos versus sucesos futuros
 3. Escisión de las obligaciones con contingencias futuras asociadas
- VI. Obligaciones implícitas
 1. La debilidad de las obligaciones no fundamentadas en un mandato legal
 2. Insatisfactoria elaboración conceptual en el proyecto de modificación
- VII. Conclusiones finales

Bibliografía

NOTA: Este artículo es responsabilidad exclusiva del autor y no refleja necesariamente la opinión del Banco de España.

I. PARTICULARIDADES DE LA CONTABILIDAD DE LOS PASIVOS DE NATURALEZA CONTINGENTE: JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y REVISIÓN DE LA LITERATURA

1. OBJETIVOS DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA

Conforme al pensamiento normativista, basado en una metodología deductiva y en el que cobra un fuerte sentido el «deber ser» (CUADRADO EBRERO y VALMAYOR LÓPEZ, 1998), partiendo de unos postulados generales relacionados con unos objetivos como las necesidades de información de los usuarios, se deducen unos principios fundamentales, o principios contables, que se concretarán en unas aplicaciones prácticas. Uno de los posibles enfoques de la contabilidad normativa orienta la información financiera a servir a los usuarios externos para la toma de decisiones. En esta línea, la American Accounting Association (AAA), a la hora de definir la contabilidad, manifiesta que su finalidad es «permitir la formación de juicios y la toma de decisiones fundamentadas a los usuarios de la información contable». Y este es el enfoque que mayor influencia ha tenido durante las últimas décadas en los organismos nacionales e internacionales emisores de normas contables, tales como el International Accounting Standards Board (IASB) y el Financial Accounting Standards Board (FASB).

Aceptando una visión comunicacional de la contabilidad (QUESADA SÁNCHEZ, 2004) podemos entender esta, por tanto, como un sistema de representación de la información económica que hace posible la mejora de la comunicación de esa información a terceras personas, transmitiéndola de una manera estructurada y relevante, de modo que su análisis permita, por una parte, la evaluación de la situación financiera y de los resultados de la empresa (función interpretativa) y, por otra, la constitución de estimaciones útiles para sus destinatarios (función predictiva) (BELKAoui, 1992; MUÑOZ MERCHANTe, 2009). En este sentido, el IASB ha entendido que el objetivo de los estados financieros es suministrar información útil a una amplia gama de usuarios, para la toma de sus decisiones económicas, que se refiere a la situación financiera, a los resultados y a los cambios en la posición financiera.

No obstante, en los últimos años se está produciendo una tendencia a favorecer a ciertos grupos de usuarios respecto de los demás. Como resultado, el objetivo principal de los estados contables se ha concretado en suministrar información de carácter financiero sobre la empresa de modo que resulte útil particularmente para la toma de decisiones por parte de los inversores (RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ y NOGUERA GÁMEZ, 2014), tanto actuales como potenciales, así como para los prestamistas y otros acreedores, quienes prestarán una especial atención a la evaluación de la rentabilidad y del riesgo asociados a sus inversiones (JIMÉNEZ CARDOSO, GARCÍA-AYUSO COVARSI y SIERRA MOLINA, 2002).

En el marco de los más recientes trabajos de corte conceptual, el IASB ha prestado una especial atención a las expectativas que se forman los inversores y acreedores con base en los flujos futuros de caja y la gestión de los recursos de la entidad por parte de los administradores¹. Para llevar a cabo sus evaluaciones, los inversores y acreedores necesitan información relativa a los recursos económicos de la entidad, a las posiciones acreedoras contra esta, incluyendo el patrimonio neto, y a los cambios en ambos, así como al grado de eficiencia y eficacia alcanzado por la dirección de la empresa en el ejercicio de sus responsabilidades de gestión. En relación con los flujos de caja, la estimación de su importe, fecha e incertidumbre cobra una especial importancia en tanto que los flujos de efectivo de los inversores y acreedores están íntimamente vinculados con los de la empresa (URÍAS VALIENTE, 1995). Dado que son los inversores y los acreedores los que suministran financiación a la empresa, entiende el IASB que son ellos los usuarios primarios a los que debe ir dirigida la información financiera, y no a los gestores de la empresa, que ya pueden obtener internamente la información necesaria para sus propósitos, ni a otros terceros, aunque estos por lo general verán satisfechas sus necesidades con la información proporcionada para inversores y acreedores (MUÑOZ MERCHANT, 2003).

Finalmente, en este proceso de definición de los objetivos de la información financiera resulta fundamental establecer un vínculo con el problema de la valoración. Buena parte de la información financiera se basa en estimaciones, juicios de valor y modelos, más que en mediciones exactas, por lo que se hace indispensable que los sistemas contables diseñados permitan afrontar el tratamiento de esos juicios, estimaciones y modelos fundamentándose en unos conceptos coherentes y bien definidos (TÚA PEREDA, 2002), de tal modo que la información suministrada resulte útil para sus usuarios, lo que ocurrirá solamente si es relevante y representa fielmente la situación de la empresa, sin descuidar la comparabilidad y la comprensibilidad.

2. LAS SITUACIONES DE NATURALEZA INCIERTA Y LA MANIPULACIÓN CONTABLE

Para que los inversores puedan evaluar adecuadamente sus intereses deben disponer de una información completa sobre la rentabilidad y el perfil de riesgo de la empresa (FAMA, 1965; BERETTA y BOZZOLAN, 2004), que les permita construir una imagen fiel de la misma lo más objetiva posible y que, aunque se sirva de estimaciones razonables, esté libre de sesgos intencionados, distorsiones, manipulaciones y ocultación de hechos importantes (LEE, 1973).

Así, con el objeto de que la información financiera suministrada por los estados financieros sea tributaria de la característica cualitativa de fiabilidad, el Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de los Estados Financieros (MC), emitido por el IASB, establece que esta debe ofrecer una representación fiel de los hechos contabilizados, dar prioridad al fondo económico

¹ IASB, *Conceptual Framework for Financial Reporting. Exposure Draft ED/2015/3*, IFRS Foundation, London, May 2015.

sobre la forma legal y ser neutral, prudente y completa (MC.33-38). Pero la fiabilidad constituye una característica especialmente vulnerable cuando la dirección de la empresa dispone de margen de maniobra en el reconocimiento y valoración de esos hechos. Y esta «maniobrabilidad» se presenta en razón de la asimetría de la información financiera a favor de los gestores de la empresa y en detrimento de los terceros ajenos a la misma (SCOTT, 2003). Asimetría que, por otra parte, ha sido empíricamente probado que es inversamente proporcional a la calidad de las cuentas anuales (BROWN y HILLEGEST, 2007). A todo ello se añade la subjetividad que en la práctica afecta al reconocimiento y a la valoración de los hechos inciertos, donde el juicio y las estimaciones internas desarrolladas en el proceso de elaboración contable de la empresa son elementos decisivos en la determinación de si se deben contabilizar esos hechos o no, cuándo contabilizarlos y por qué importe (BERNSTEIN, 1995), pudiendo la solución elegida condicionar los juicios y las decisiones de los usuarios de aquella información (KENNEDY, MITCHELL y SEFCIK, 1998).

Poder desplazar, haciendo uso de ese margen de maniobra, los beneficios o las pérdidas de un ejercicio contable a otro bajo una cobertura legal representa un enorme atractivo para buena parte de los administradores de las empresas (BURGSTAHLER y DICHEV, 1997; GALLÉN ORTIZ y GINER INCHAUSTI, 2005; GORE, POPE y SINGH, 2007), especialmente en épocas de crisis (SMITH, KESTEL y ROBINSON, 2001; ROSNER, 2003; CALLAO GASTÓN y JARNE JARNE, 2011). Esta posibilidad facilita aflorar los beneficios o distribuir pérdidas a lo largo de distintos periodos, con las consecuentes ventajas fiscales o de cumplimiento de presupuestos, entre otras, pudiendo dar lugar por tanto a la puesta en práctica de ese conjunto de artificios, manipulaciones o incluso fraudes contables (BLASCO, 1998; JONES, 2011) que ha dado en llamarse manipulación contable o *earnings management* y que tiene que ver con el grado de discrecionalidad que permiten las normas contables aplicables en cada momento, permitiendo la transformación de la información contable desde lo que es hasta lo que se desea que sea (NASER, 1993).

Dentro de los hechos contables susceptibles de un tratamiento más o menos discrecional, destacan las provisiones por contingencias. Las contingencias se han definido como situaciones que conllevan incertidumbre en cuanto a una posible ganancia o pérdida, que será resuelta cuando uno o más sucesos ocurran, por lo que se trata de acontecimientos de futuro incierto (KIESO, WEYGANDT y WARFIELD, 2012). Y el reconocimiento de provisiones para la cobertura de esas contingencias implica juicios de valor que vienen acompañados de altos niveles de ambigüedad (NELSON y KINNEY, 1997), lo que facilita que puedan dotarse ficticiamente (o evitarse su dotación) y liberarse con cierta libertad, constituyendo un instrumento altamente eficaz para la ejecución de aquellas prácticas.

Históricamente, al menos en nuestro entorno, se han tratado las situaciones inciertas desde un punto de vista previsor. Una adecuada gestión empresarial aconsejaba, y sigue aconsejando, que las empresas se prepararan para cualquier posible contingencia que pudiera aparecer tan pronto como se identificara esa posibilidad. Y esta actitud prudente debía dejar reflejo en la contabilidad de la empresa, de modo que cualquier posible pasivo se reconocía como una provisión en el balance de las empresas. En efecto, imperaban los sistemas contables en los que la información financiera iba orientada principalmente al control de las empresas, de tal forma que los propieta-

rios, los acreedores e incluso, en cierta medida y momentos, las autoridades fiscales vieran satisfechas sus necesidades informativas en un entorno marcadamente prudente, en el que resultaba fundamental la protección del patrimonio frente a beneficios no realizados como son, por ejemplo, las revalorizaciones de activos (TÚA PEREDA, 2006). Con la misma filosofía, ante la presencia de riesgos futuros y pérdidas previsibles, era común que los sistemas de contabilidad de corte latino ordenaran el reconocimiento de provisiones siguiendo patrones de limitada racionalidad económica, lo que permitía cuestionar la representatividad o imagen fiel de la información financiera (CEA GARCÍA y VIDAL LOPO, 2008).

Por su parte, la contabilidad internacional, de corte anglosajón y con fuerte influencia actualmente en los sistemas nacionales, se orienta más, como ya he anunciado, a servir de instrumento de los inversores, actuales y potenciales, facilitándoles la información más conveniente para su análisis y toma de decisiones, lo que en último término afecta positivamente tanto a los mercados de capitales como a las magnitudes macroeconómicas (ZEFF, 1978; HOLTHAUSEN y LEFTWICH, 1983; BRÜGGEMANN, HITZ y SELLHORN, 2013; CHRISTENSEN, LEE, WALKER y ZENG, 2015). Adopta la contabilidad internacional, con este fin, un enfoque basado en el devengo de la obligación con estimación o vencimiento inciertos (MARTÍNEZ CHURIAQUE, 2007). Con esta nueva aproximación, el requisito de prudencia pierde fuerza e incluso tiende a desaparecer, al menos como declaración explícita en el ámbito conceptual.

3. LOS DISTINTOS ENFOQUES EN LA CONTABILIDAD DE PASIVOS DE NATURALEZA CONTINGENTE

La contabilidad de los pasivos contingentes es una de las áreas más críticas de la contabilidad financiera, principalmente por el alto grado de subjetividad que implica el reconocimiento y la valoración de situaciones de naturaleza incierta (BOTOSAN, KOONCE, RYAN, STONE y WAHLEN, 2005), incluyendo las propias expresiones utilizadas por las normas contables (DAVIDSON y CHRISTMAN, 1994; AHARONY y DOTAN, 2004; CAPRIOTTI y WALDRUP, 2005; TEIXEIRA y SILVA, 2009; DU y STEVENS, 2011), pero también a veces por las soluciones ofrecidas por los distintos sistemas contables (LEV, 1978).

En síntesis, podemos destacar tres aspectos problemáticos de las partidas de naturaleza incierta desde el punto de vista conceptual (MARTÍNEZ CHURIAQUE, 1985): a) La determinación del nacimiento del pasivo, es decir, en qué momento ha incurrido la empresa en un pasivo de carácter contingente; b) La estimación de gastos imputables al ejercicio, esto es, el criterio de imputación de los gastos; y c) El modo de reconocer contablemente la incertidumbre. Y podemos identificar tres posibles enfoques que se han seguido para aproximarse al problema de la contabilidad de provisiones por contingencias: a) en primer lugar, aquel que, basado en la primacía del principio de prudencia, prescribe la contabilización de provisiones ante la identificación de cualquier eventual pérdida o riesgo previsible, reduciendo el resultado de la empresa con el espíritu de dar protección a los acreedores y de limitar la distribución de beneficios; b) en segundo lugar, el que entiende las normas contables como unas normas de valoración y presentación de la información

financiera cuyo objetivo principal es el de servir de instrumento en la toma de decisiones de los inversores, entendiendo que toda partida de balance debe reflejar, en la medida de lo posible, el valor que un inversor pagaría para adquirir el activo o para desprenderse del pasivo en ella registrado; c) y en tercer lugar, otros enfoques intermedios que establecen determinados límites en términos de probabilidad que una vez sobrepasados exigen el reconocimiento de las provisiones.

Curiosamente, en aquellos entornos contables basados en el principio de prudencia la información contable es menos útil y creíble que en contextos más orientados al inversor, dado que el riesgo de manipulación contable es mayor (LI y DING, 2008). Con el objeto de cuantificar ese efecto, se han llevado a cabo trabajos que estudian en qué medida en los países orientados al primero de los enfoques la información contable es menos relevante en función del menor impacto que su publicación provoca en los precios de cotización (ALI y HWANG, 2000; BARTOV, GOLDBERG y KIM, 2001). Como resultado, estamos viviendo en los últimos años un movimiento en el tratamiento de los pasivos de carácter contingente que, en síntesis, evoluciona desde una definición de pasivo-provisión orientada al reparto de beneficios (primero de los enfoques) hacia una definición utilitarista (segundo de los enfoques). Pero la normativa internacional vigente ha dado una solución intermedia cuyo modelo no acaba de encajar con los conceptos en los que se fundamenta.

4. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

La Norma Internacional de Contabilidad n.º 37, «Provisiones, activos contingentes y pasivos contingentes» (NIC 37), identificada con el tercero de los enfoques descritos en el epígrafe anterior, recurre a aquel tipo de límites tanto para determinar la existencia de una provisión como para decidir su registro en balance. Conforme a ella, nacerá una provisión si existe una obligación presente, lo que traduce la norma en que se pueda cuantificar la probabilidad de existencia de esta obligación en más de un 50%. Y en segundo lugar, no se reconocerá en balance si no es mayor del 50% la probabilidad de salida de recursos para cancelar la obligación. Esta norma, en efecto, ha recurrido a la definición de umbrales numéricos en lugar de instrucciones verbales, con el objetivo de mitigar la subjetividad en su aplicación, pero algunos estudios empíricos sugieren que no existen diferencias prácticas de resultado apreciables entre ambos tipos de redacción (CUCCIA, HACKENBRACK y NELSON, 1995).

En definitiva, nos encontramos todavía ante valoraciones altamente subjetivas que permiten llevar a cabo manipulaciones contables, por lo que la NIC 37 está actualmente siendo objeto de un proceso de reforma que la orientará más hacia el segundo de los enfoques, en el que se propone que una vez identificada la existencia de una obligación presente, aunque incierta en su cuantía o vencimiento, se registre un pasivo cuyo valor se estimará mediante la aplicación de métodos de tipo probabilístico, como puede ser el del valor esperado o esperanza matemática. En efecto, las soluciones ofrecidas para la contabilización de pasivos de naturaleza incierta por parte de la norma vigente en materia de provisiones y pasivos contingentes no representan una respuesta coherente con los objetivos, los principios y el entramado conceptual del IASB. Pero, como veremos, el conjunto de remedios propuestos por este órgano en el curso del proyecto de

investigación llevado a cabo para la reforma de la norma internacional no acaba de armonizar tampoco las reglas emitidas con los principios rectores de los que se deducen, por lo que el IASB parece haber entrado en un «callejón sin salida» del que intenta salir con construcciones conceptuales a veces un tanto forzadas.

El presente trabajo afronta el problema de los pasivos de carácter contingente retrocediendo al ámbito de los conceptos. Aceptando el objetivo utilitarista de la información financiera, como instrumento que ha de servir especialmente a los inversores para la toma de decisiones, se presentan y analizan con un fuerte carácter crítico los entramados conceptuales elaborados por el IASB durante dicha investigación, poniendo énfasis en las inconsistencias y disfunciones que dificultan el logro de un modelo contable coherente y satisfactorio en el ámbito de los pasivos inciertos.

II. OBJETIVOS DEL PROYECTO DEL IASB Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Con el objeto de reformar la NIC 37, el IASB publicó en 2005 un borrador de modificación que marcó el inicio de un largo debate que aún no ha concluido, centrado principalmente en la definición, reconocimiento y valoración de los pasivos de carácter incierto.

1. OBJETIVOS DEL PROYECTO

Los objetivos principales del proyecto de modificación de la NIC 37 consisten en mejorar las definiciones, el reconocimiento y la valoración relativos a los pasivos bajo su ámbito de aplicación, haciendo un esfuerzo para adaptarlos a las tendencias de otras normas emitidas por el IASB, así como procurando reducir las divergencias existentes con las normas emitidas por el FASB. En primer lugar, el IASB se ha propuesto tratar ciertas inconsistencias presentes en la NIC 37 con el tratamiento dado a los mismos asuntos en otras de sus normas. La cuestión más destacable viene dada por el criterio de reconocimiento previsto en la norma, conforme al cual para poder registrar un pasivo debe existir una probabilidad superior al 50% de que se produzca una salida de recursos, requisito que no es exigido por la Norma Internacional de Información Financiera n.º 3, «Combinaciones de negocios» (NIIF 3), ni por la NIC 39, «Instrumentos financieros: reconocimiento y valoración». En segundo lugar, se ha planteado el Consejo el objetivo de contribuir con este proyecto al proceso de convergencia iniciado conjuntamente con el FASB para eliminar las diferencias existentes, esencialmente conceptuales, entre las NIC-NIIF y los US GAAP. Y en tercer lugar, se pretende con este proyecto poner fin a las actuales dudas interpretativas en materia de valoración de pasivos, que llevan a las empresas a utilizar distintos criterios, dificultando el trabajo de analistas e inversores.

Pero lo que más nos interesa en este trabajo es que el IASB se ha planteado abordar esta reforma fundándose en la falta de coherencia constatada entre los principales conceptos tratados en la NIC 37 y algunas de las definiciones recogidas en el MC. Con tales propósitos, publicó en

2005 el Borrador de Modificación² (BM), aún en discusión, que representa un innegable avance en torno a las condiciones de identificación y reconocimiento de los pasivos incluidos en su ámbito de aplicación. El texto analiza los pasivos contingentes de una manera más coherente con las definiciones y condiciones de reconocimiento que el MC establece para los pasivos. Como resultado más sobresaliente, la nueva norma obligará a las entidades a reconocer en sus estados financieros las obligaciones que satisfagan la definición de pasivo recogida en el MC del IASB, salvo que no puedan ser valoradas con fiabilidad, mientras que la incertidumbre acerca de la cuantía o vencimiento de los beneficios económicos necesarios para cancelar esas obligaciones será objeto de reflejo en la valoración de las mismas, en lugar de influir en la decisión de si se reconocen o no.

2. EL PROBLEMA DE UN ÁMBITO DE APLICACIÓN DESBORDANTE

La actual NIC 37 limita su ámbito de aplicación al tratamiento contable de las provisiones, de los pasivos contingentes y de los activos contingentes, apartándolos además de su alcance cuando estén tratados en otra norma, así como cuando encuentren su origen en un contrato pendiente de ejecución, salvo que dicho contrato resulte oneroso. Como aclara la norma, los contratos pendientes de ejecución son aquellos en los que las partes no han cumplido ninguna de las obligaciones a las que se comprometieron o bien que ambas partes han ejecutado parcialmente, y en igual medida, sus compromisos (NIC 37.1). Por tanto, la NIC 37, al igual que hará el BM, se declara no aplicable a los contratos pendientes de ejecución, salvo que los costes inevitables para la entidad de cumplir con las obligaciones que conllevan esos contratos excedan los beneficios económicos que se esperan recibir de los mismos.

Al contrario, el BM adopta una postura amplia en virtud de la cual extiende su ámbito de aplicación más allá de los elementos de naturaleza contingente, abarcando con carácter general todos los pasivos, con las únicas condiciones de que no vengán cubiertos por otra norma internacional y que no se deriven de contratos pendientes de ejecución no onerosos. Por consiguiente, mientras que la NIC 37 se aplica solamente a figuras de naturaleza contingente, el proyecto se encamina a recoger en su ámbito de aplicación *ratione materiae* también aquellos pasivos que no cuentan con tal particularidad. Dicha extensión del alcance objetivo de la norma en elaboración no se ha justificado debidamente por el IASB y llama la atención el giro propuesto, que significaría la integración bajo un mismo concepto, el de pasivo, de partidas sustancialmente diferentes. Por una parte, esta circunstancia podría llegar a perjudicar la fiabilidad de la información contable, dado que deja abierta la posibilidad de aglutinar dos categorías muy heterogéneas de acontecimientos, aquellos que para su contabilización requieren de la realización de estimaciones bajo condiciones

² IASB, *Exposure Draft of Proposed Amendments to IAS 37 Provisions, Contingent Liabilities and Contingent Assets and IAS 19 Employee Benefits*. IASCF, London, June 2005. El texto completo del BM de la NIC 37 puede consultarse en el sitio web <http://www.ifrs.org/Current-Projects/IASB-Projects/Liabilities/Pages/Liabilities.aspx>, donde también están disponibles los comentarios sobre él realizados y las discusiones celebradas en el seno del IASB desde su publicación.

de incertidumbre y los que no presentan esa necesidad. Y por otra parte, lo que no es menos importante, la expansión del campo regulatorio de la norma a los pasivos no contingentes, supone una contradicción con su espíritu, dado que el texto aparece desde sus orígenes manifiestamente orientado a la normalización de transacciones u otros sucesos inciertos en su cuantía o en su vencimiento, algo que podría redundar en inesperadas fricciones interpretativas.

Como ha tenido oportunidad de expresar en distintas ocasiones el Grupo Consultivo Europeo en materia de Información Financiera o European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG), es verdad que existen ciertos tipos de pasivos que no encuentran cabida en el ámbito de aplicación objetivo de ninguna de las NIC/NIIF emitidas³. Y quizás por esa razón, la propuesta del IASB de convertir la NIC 37 en una norma refugio para todos esos pasivos no regulados en otra norma haya encontrado cierta aceptación, sobre todo en el ámbito profesional. Pero como aclara el EFRAG en su carta comentario al BM (CL 108), si efectivamente se opta por dar entrada a una norma de carácter subsidiario se hace necesario analizar con suma atención las consecuencias que eso conllevaría para el tratamiento contable de dichos pasivos. En consonancia con lo anterior, apunta que sería muy útil que el IASB identificara, en primer lugar, qué pasivos pasarían a quedar abarcados por la norma reformada tras la ampliación de su alcance objetivo y que justificara, en segundo lugar, por qué les resultaría adecuada su aplicación. Así, cita dos ejemplos que ilustran estas afirmaciones: 1) Anticipos recibidos. En opinión del EFRAG, conforme a la letra del BM no parece claro si los anticipos recibidos por la entidad quedarían incluidos dentro de su ámbito de aplicación o si, por el contrario, quedarían cubiertos por la NIC 18, «Ingresos ordinarios». 2) Obligaciones de resultado. Considera el grupo consultivo que dado que las obligaciones de resultado representan una categoría muy amplia, se hace aconsejable no incluirlas en el campo del BM, a la espera de otros trabajos conceptuales. En consecuencia, concluye el EFRAG que el IASB no debería adoptar una norma de carácter subsidiario de este tipo hasta que no se hayan realizado estudios de análisis más profundos.

En este sentido se han pronunciado distintas instituciones, que además de aconsejar la realización de más estudios, tanto para identificar y aclarar qué pasivos quedarían bajo el nuevo ámbito de aplicación de la norma reformada como para convencer con argumentos adecuadamente fundamentados por qué la norma sería apta para estos tipos de pasivos, solicitan que el IASB se pronuncie sobre la inclusión o no de otras partidas concretas, como los ingresos diferidos o los compromisos de préstamo que quedan fuera del ámbito de aplicación de la NIC 39, «Instrumentos financieros: reconocimiento y valoración»⁴.

En relación con los anticipos recibidos de clientes y con los ingresos diferidos, el Conseil National de la Comptabilité francés (CL 16) ha planteado una cuestión que considero fundamental en materia de valoración y que pone en entredicho la validez del modelo propuesto⁵: en el caso

³ <http://www.efrag.org/Front/pl0-272/all.aspx>

⁴ Conforme establece la NIC 39 a la hora de delimitar su ámbito de aplicación, el emisor de un compromiso de préstamo aplicará la NIC 37 a aquellos compromisos de préstamo que no estén dentro del alcance de esta Norma (NIC 39.2 h).

⁵ En el mismo sentido, Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V. (CL 27).

de que el BM sea de aplicación a estos pasivos, eso llevaría a tener que valorarlos por la cuantía que la empresa razonablemente pagaría para satisfacer la deuda o para transferirla a una tercera persona, lo que resulta inconsistente con el pronunciamiento del IASB de que este método de valoración no resulta apropiado para el reconocimiento de ingresos⁶.

Recordemos, por otra parte, que la NIC 37 distingue abiertamente las provisiones (pasivos sobre los que existe incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento) de otros pasivos que puedan incluso requerir una estimación, insistiendo en la nota de incertidumbre que se manifiesta en las primeras en cuanto al momento de vencimiento o a la cuantía de los desembolsos futuros necesarios para su cancelación (NIC 37.11). En este sentido y a modo de ejemplo la norma cita que los acreedores comerciales se corresponden con «cuentas a pagar» por bienes o servicios que han sido recibidos por la empresa y que además han sido objeto de facturación o acuerdo formal con el proveedor. De ningún modo parecería lógico que se aplicara a estas partidas el método de valoración basado en el desembolso necesario para cancelar la obligación en la fecha de balance o para transferirla a un tercero en esa fecha, por mucho que fuera necesario realizar algún tipo de estimación sobre ellas. Del mismo modo, otras obligaciones que pueden precisar una estimación del importe o vencimiento son las derivadas de los servicios prestados por los empleados, como las partes proporcionales de las vacaciones retribuidas devengadas hasta la fecha del balance. Pero la incertidumbre asociada a estas obligaciones es, por lo general, mucho menor que en el caso de las provisiones, por lo que no podemos calificarlas como provisiones sino como «cuentas a pagar», ni aplicarles en consecuencia los mismos métodos de valoración.

Parece por tanto poco aconsejable que se extienda el ámbito de aplicación objetivo de la norma a pasivos para los que no existe un mínimo grado de incertidumbre en cuantía o en vencimiento dado que la distinta naturaleza de unos y otros aconsejará clasificarlos en distintos grupos y definir un modelo de reconocimiento y valoración diferente para cada uno de esos grupos.

III. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS Y CONFUSIÓN CONCEPTUAL: ABANDONO DE LOS TÉRMINOS «PROVISIÓN» Y «PASIVO CONTINGENTE»

La NIC 37 se refiere a las provisiones como aquellos pasivos que presentan una determinada incertidumbre en su cuantía o en su vencimiento y describe los pasivos contingentes bien como obligaciones posibles, surgidas a raíz de sucesos pasados, cuya existencia ha de ser confirmada solo por la ocurrencia, o en su caso por la no ocurrencia, de uno o más eventos inciertos en el futuro, que no están enteramente bajo el control de la empresa, bien como obligaciones presentes, surgidas a raíz de sucesos pasados, que no se han reconocido contablemente porque no es probable que la empresa tenga que satisfacerlas, desprendiéndose de recursos que incorporen beneficios

⁶ <http://www.ifrs.org/Current-Projects/IASB-Projects/Revenue-Recognition/Pages/Revenue-Recognition.aspx>.

económicos, o porque los importes de esas obligaciones no pueden ser valorados con la suficiente fiabilidad. Tanto las provisiones como los pasivos contingentes se caracterizan por su cualidad contingente, puesto que ambos se derivan de realidades, surgidas como consecuencia de sucesos pasados, que conllevan un grado de incertidumbre que potencialmente tendrá impacto en la situación patrimonial y en el beneficio de la entidad. Quizás esa sea una de las razones por las que el BM de la NIC 37 se ha planteado simplificar la terminología utilizando una única expresión que englobe todas las obligaciones encuadradas en el ámbito de aplicación de la nueva norma.

Aunque veremos con detenimiento en un próximo epígrafe cómo el proyecto dispone que las entidades deberán reconocer en sus estados financieros toda obligación incierta que satisfaga la definición de pasivo, salvo que no pueda ser valorada con fiabilidad, nos interesa adelantar en este momento que, como resultado, se incluirán en el balance, aparte de las provisiones, aquellos pasivos contingentes actualmente no reconocidos contablemente por no ser probable que la empresa tenga que satisfacerlos. Así, entre las modificaciones de la NIC 37 propuestas en 2005, el borrador sugirió abandonar los términos de «provisión» y de «pasivo contingente» para incorporar, unidas al resto de pasivos de naturaleza cierta, todas las provisiones y parte de los pasivos contingentes en el concepto único de «pasivo no financiero». En efecto, con el fin de clarificar que la norma modificada habría de aplicarse a todos los pasivos, a excepción de los casos específicos que citaba a la hora de referirse al ámbito de aplicación (esto es, cuando estén tratados en otra norma y cuando encuentren su origen en un contrato pendiente de ejecución, salvo que dicho contrato resulte oneroso), el IASB propuso inicialmente la sustitución del término «provisión» por el de «pasivo no financiero», nuevo concepto que integraría, junto a los pasivos ciertos, tanto las partidas previamente calificadas como provisiones como algunos de los pasivos contingentes, los no reconocidos a pesar de concurrir una obligación presente. No obstante esta elusión del término «provisión», el BM no proscribió su uso, de modo que admite la posibilidad de que las entidades continúen calificando como provisiones, dentro de sus estados financieros, a algunos de sus pasivos no financieros.

1. PROVISIONES VERSUS PASIVOS NO FINANCIEROS

El recurso a la expresión «pasivo no financiero» en sustitución de «provisión» suscitó numerosas críticas, reveladas reiteradamente en las cartas comentario emitidas por distintas sociedades de auditoría y de otros ámbitos empresariales, asociaciones profesionales de contabilidad, responsables de elaborar los estados financieros y reguladores contables y financieros, con ocasión de la consulta pública realizada en 2005 por el IASB sobre las modificaciones propuestas en el BM. Por una parte, porque en su opinión el concepto de provisión está hoy en día profundamente arraigado y aceptado por los usuarios de la información contable; y por otra parte, porque puede entenderse que en un sentido amplio todo pasivo tiene un matiz financiero, por lo que el término propuesto podría suscitar dudas sobre la inclusión o no de determinadas transacciones, según la lectura que se le dé, pudiendo incluso inducir a interpretar que quedarían solamente comprendidos aquellos pasivos que no estuvieran respaldados por un contrato o que fueran a liquidarse en especie o mediante la prestación de un servicio, pero nunca en efectivo.

En cuanto a la argüida consolidación del término «provisión», existe un extendido consenso en que se trata de un concepto bien conocido y comprendido por los usuarios de la información contable. No obstante, desde el momento en que este término se ha definido con un alcance distinto en diversas jurisdicciones y en distintos momentos, no podemos admitir que goce de una homogeneidad libre de dificultades. Y por esa misma razón nos podemos encontrar con que, sin una definición clara, se llegue a utilizar en la elaboración de los estados financieros con distintos significados. Siendo esto así, su supresión como término definido por la norma, unido al hecho previsible de que los encargados de elaborar los estados financieros sigan recurriendo él, dado que es admitido por el BM (aunque sin darle una definición), podría provocar dificultades para los usuarios de la información financiera, sobre todo en términos de comparabilidad y comprensibilidad. Y en cuanto al calificativo de «no financiero» que se propuso inicialmente para los pasivos que habrían de quedar bajo el ámbito de la norma, adelantaba que el término propuesto podría suscitar dudas sobre la inclusión o no de determinadas transacciones, pudiendo llevar a interpretar que solamente quedarían cubiertos por la norma los pasivos no derivados de un contrato (aunque fueran a liquidarse en efectivo) y los no liquidables en efectivo (existiera o no un contrato detrás)⁷. A este respecto, se ha llegado a decir incluso que todo pasivo que aparezca reconocido en unos estados financieros cuenta con este carácter. Por otra parte, el recurso a la técnica de definir un conjunto de partidas por exclusión, es decir, en términos negativos, como aquellas que no cuentan con un carácter financiero, requiere como condición *sine qua non* contar con una delimitación previa muy clara de las que sí cuentan con el atributo de financieras. Y ese no es el caso, dada la amplia y compleja definición de pasivo financiero que nos ofrece la NIC 32 (NIC 32.11).

Como resultado de las críticas recibidas por el IASB en torno a la inconsistencia y falta de oportunidad del término «pasivo no financiero», el Consejo decidió en marzo de 2006, tras algunas discusiones internas, sustituir ese término por el de «pasivo».

2. DESACERTADA IDENTIFICACIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS «CONTINGENTE» Y «CONDICIONAL» COMO BASE PARA LA ELIMINACIÓN DEL TÉRMINO «PASIVO CONTINGENTE»

En cuanto a la eliminación de la expresión «pasivo contingente», dado que el proyecto aboga por el reconocimiento en los estados contables de toda partida que observe la definición de pasivo, salvo que no pueda ser valorada con fiabilidad, aun cuando exista algún tipo de incertidumbre en cuanto a la salida de recursos, encuentra incoherente hablar de pasivos contingentes. En su opinión, un pasivo no puede ser definido como contingente puesto que todo pasivo consiste en una obligación incondicional, mientras que una obligación condicional no puede dar lugar en sí misma al nacimiento de un pasivo.

⁷ Interpretación dada por la International Actuarial Association (CL 89), que considera además que está claro que en muchos de estos supuestos concurren elementos de tipo financiero.

Observemos que en el curso de estas justificaciones el IASB toma como sinónimos los adjetivos «contingente» y «condicional», creando en mi opinión una palpable confusión de conceptos que no hace sino acusar la falta de precisión terminológica heredada de la NIC 37. El vocablo «contingente» significa que puede suceder o no suceder, mientras que la voz «condicional» se refiere a aquello que incluye y lleva consigo una condición o requisito. Y es verdad que la NIC 37 engloba en el concepto de pasivo contingente tanto obligaciones posibles, cuya existencia está condicionada, según define la norma, a la ocurrencia o no ocurrencia de sucesos inciertos futuros, como obligaciones presentes no reconocidas contablemente por no ser probable una salida de recursos o por no poder ser estimadas de manera fiable. Pero el BM preceptúa que, de entre todos esos pasivos contingentes, se contabilicen solamente los que se identifiquen con obligaciones presentes con salida no probable de recursos, que son auténticos pasivos. Por lo tanto, estaríamos hablando de unos pasivos que llevarían asociada algún tipo de contingencia, que podría suceder o no suceder, no de un pasivo que en sí mismo podría existir o no existir. En otras palabras, el adjetivo contingente no se refiere al pasivo en sí, condicionando su existencia, sino que hace referencia a una característica asociada que de ocurrir, afectaría a su importe. Y otro concepto distinto sería el de obligación condicional, la cual en interpretación del IASB no existe, pero que podría llegar a existir si se cumpliera una determinada condición. Esta última no es objeto de reconocimiento ni con la NIC 37 ni con el BM y se correspondería con aquel tipo de pasivo contingente que en el ámbito de la NIC 37 se define como una obligación posible cuya existencia queda condicionada a la ocurrencia o no ocurrencia de sucesos inciertos en el futuro.

IV. PROBLEMÁTICA RELATIVA AL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN PRESENTE

En el ámbito de los trabajos del IASB, la definición de pasivo siempre ha requerido la existencia de una obligación presente, resultante de sucesos pasados. Por lo tanto, para una adecuada comprensión de este concepto resulta fundamental contar con una imagen nítida de la noción de obligación presente y ser capaz de reconocer esos sucesos pasados que dan lugar a las obligaciones. No obstante, a la luz de las publicaciones emitidas por el Consejo, no parece que estas nociones tan necesarias para interpretar de una manera apropiada el concepto de «pasivo» hayan sido desarrolladas de una manera homogénea y libre de discusiones. En los próximos epígrafes me centraré en el estudio de las distintas respuestas que ha ofrecido el IASB a las cuestiones planteadas de cuándo se presenta una obligación presente y cómo se identifica el suceso pasado que da origen a la obligación, y pondré de manifiesto algunas debilidades y conflictos que se derivan de esas soluciones.

1. SENTIDO DEL TÉRMINO «ESPERA» EN LA ACTUAL DEFINICIÓN DE PASIVO

Antes de entrar en el estudio de las dificultades relacionadas con el concepto de obligación, me gustaría dedicar unas palabras a una cuestión relacionada con la idea de «probabilidad» de

salida de recursos. Me refiero al controvertido término «espera» contenido en la definición de pasivo. El BM establece que un pasivo deberá reconocerse siempre que satisfaga la definición y que pueda valorarse con fiabilidad. Y nos lo define como una obligación presente de la empresa, surgida a raíz de sucesos pasados, al vencimiento de la cual, y para cancelarla, la empresa espera desprenderse de recursos que incorporan beneficios económicos.

Centrémonos por consiguiente en el término «espera» contenido en esa definición. La expresión «espera desprenderse de recursos que incorporan beneficios económicos» puede suscitar, y de hecho ha suscitado, problemas interpretativos que nos llevan a cuestionar en ocasiones la existencia misma de ciertos pasivos de carácter contingente. En efecto, surge la duda de si el vocablo estudiado tiene la intención de sugerir que para satisfacerse la definición de pasivo debe existir un determinado grado de certidumbre acerca de la salida futura de recursos que incorporen beneficios económicos. Si fuera así, deberíamos entender que las obligaciones con una probabilidad baja o remota de pago no cumplirían la definición de pasivo. Supongamos que fuera necesario un cierto grado de certidumbre de salida de recursos para poder hablar de pasivo. ¿Cómo trataríamos un aval técnico a favor de alguien cuya capacidad de cumplimiento del hecho avalado fuera calificada de muy alta? Efectivamente, existe una obligación presente que tiene su origen en el contrato de aval, pero la probabilidad de salida de recursos podría resultar muy baja. Con la actual norma se informaría en las notas de la existencia de un pasivo contingente, pero conforme al BM parece que la filosofía es el reconocimiento de un pasivo, teniendo esa probabilidad un reflejo en su valor. No obstante, si exigiéramos un cierto grado de certidumbre en la salida de recursos, ¿ya no podríamos hablar en el supuesto planteado de la existencia de un pasivo por no alcanzarse ese umbral exigido? Y en ese caso, ¿dónde se situaría el umbral? Otro ejemplo podríamos encontrarlo en la emisión de una opción. ¿No se reconocería ningún pasivo por parte del emisor mientras este no esperase que el comprador la fuera a ejercitar?

En el marco de los trabajos de reforma de la NIC 37, el IASB dio por zanjado⁸ este tema confirmando que, como ya se había discutido en el seno del Consejo⁹, la palabra «espera» utilizada en la definición de pasivo no tiene la intención de sugerir que deba existir un determinado grado de certidumbre acerca de la salida futura de recursos que incorporen beneficios económicos para satisfacer la definición de pasivo. Considera que cualquier obligación presente capaz de originar una salida de recursos cumple la definición de pasivo, incluso si la probabilidad de esa salida es baja. Y para ilustrarlo cito un ejemplo que surgió en el curso de las discusiones celebradas: se trata del supuesto de un conductor que conscientemente supera el límite de velocidad permitido sin ser detectado y, por lo tanto, no espera recibir ninguna multa. Con base en ese ejemplo se defendió que el conocimiento de un incumplimiento de contrato o la violación de una norma legal puede dar lugar a una obligación presente, pero eso no significa que la definición de pasivo se satisfaga. Se sostuvo que la vinculación entre la existencia de una obligación presente y la salida de recursos es fundamental. Es decir, puede que exista una obligación presente, pero

⁸ Reunión del IASB de 23 de enero de 2007 (Agenda Paper 4B).

⁹ Reunión del IASB de 26 de mayo de 2006 (Agenda Paper 10B).

sin detección (y una salida esperada de recursos que incorporan beneficios económicos) no se cumple la definición de pasivo.

Complicuemos un poco más las cosas. La definición de pasivo a la que nos hemos referido, ofrecida por el BM, está tomada del MC. Pero este está siendo a su vez objeto de reforma, de modo que su borrador de modificación publicado en mayo de 2015 incluye, entre otros aspectos, una nueva definición de pasivo, según la cual un pasivo sería una «obligación presente de la empresa de transferir recursos económicos como consecuencia de sucesos pasados». Con esta nueva definición encontraríamos una respuesta coherente para las cuestiones planteadas más arriba, dado que al no ser necesario un cierto grado de certidumbre en la salida de recursos para poder hablar de pasivo, el aval a favor de la persona con capacidad y voluntad de cumplimiento o la opción que se esperaba que no fuera ejercitada ya podrían reconocerse en balance, aunque posiblemente por un importe casi nulo, al determinarse su valor en función de la probabilidad de salida de recursos y ser esta muy baja. Otros ejemplos que apoyarían la no necesidad de un cierto grado de certidumbre en la salida de recursos para poder hablar de pasivo podemos encontrarlos en la NIC 39, en los contratos a plazo de divisas y en otros instrumentos financieros derivados. En el momento inicial y durante la vida del contrato a plazo de divisas podría no existir para el obligado ese grado determinado de certidumbre acerca de la salida futura de recursos para liquidar el contrato, pero la norma exige reconocer el instrumento financiero por su valor razonable, por lo que se podría estar reconociendo un pasivo aunque el instrumento estuviera fuera de dinero (*out of the money*).

Sin embargo, con la supresión en la definición propuesta de la expresión «espera desprenderse de recursos» el razonamiento dado por el IASB parece desmoronarse. Retomemos el ejemplo de la infracción de tráfico. Según ha interpretado el Consejo existe una obligación, puesto que se ha quebrantado la ley. Pero si aceptamos que el quebranto de la ley da origen a una obligación, con base en la nueva definición existiría además un pasivo, puesto que esta ya no exige una salida esperada de recursos, aunque sea mínima. ¿Cómo conjugamos esto con el hecho de que el pasivo no sea capaz de originar una salida de recursos (al no haberse detectado la infracción), que es en lo que se basaba el IASB para justificar la vigente definición de pasivo?

2. DIFICULTADES EN LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN PRESENTE

A pesar de los argumentos en contra y de las dificultades encontradas a lo largo de estos años, el Consejo se ha obstinado en afirmar que solamente en raras ocasiones se presentarán dudas sobre si existe o no una obligación presente. Y la NIC 37 resuelve esas «excepcionales» situaciones aplicando la regla de que se ha originado una obligación si, teniendo en cuenta toda la evidencia disponible, existe una probabilidad mayor de que se haya incurrido en ella que de lo contrario. Así, la norma establece que si la probabilidad de que haya nacido la obligación es mayor que de lo contrario, la entidad deberá reconocer una provisión (satisfechas las otras dos condiciones de reconocimiento), y si se da menos probabilidad de que la obligación exista que de lo contrario, se revelará en las notas un pasivo contingente (salvo salida de recursos remota).

Por otra parte, la NIC 37 ofrece ciertas orientaciones adicionales sobre el significado de «obligación», aclarando que esta existe independientemente de las acciones futuras de la empresa, esto es, de la gestión de la entidad en el futuro. En otras palabras, los desembolsos futuros que pueda evitar mediante actuaciones futuras no representan una obligación para la empresa. La norma cita como ejemplos de obligaciones presentes las multas medioambientales o los costes de reparación de los daños medioambientales causados en contra de la ley, puesto que en ambos casos se derivarán para la empresa salidas de recursos que incorporan beneficios económicos, con independencia de las actuaciones futuras que esta lleve a cabo. También representan obligaciones presentes los costes por el abandono de una instalación de extracción de petróleo o de una central nuclear, siempre que esté obligada a restaurar los daños ya ocasionados por su funcionamiento. Sin embargo, un ejemplo de no obligación presente citado por la norma podría ser la necesidad de colocar filtros de humos en una fábrica para poder operar en el futuro, puesto que la empresa puede evitar tales desembolsos mediante actuaciones futuras cambiando la forma de llevar a cabo la fabricación.

A primera vista, parece que estas aclaraciones no deberían presentar dudas. No obstante, si las analizamos con atención vemos cómo podrían llegar a cuestionarse o al menos podrían perder su fuerza al tener en cuenta la definición que la propia norma da de «suceso que da origen a la obligación». En efecto, este se describe como «todo aquel suceso del que nace una obligación de pago, de tipo legal o implícita para la entidad, de forma que a la empresa no le queda otra alternativa más realista que satisfacer el importe correspondiente» a la obligación. Pero, ¿cómo se entiende la premisa de que la obligación debe existir independientemente de las acciones futuras de la empresa si después la norma se refiere a alternativas de gestión? La expresión «otra alternativa más realista» no la encontramos, por lo demás, de una forma explícita en el MC. Este simplemente afirma que una característica esencial de todo pasivo es que la entidad tiene contraída una obligación en el momento presente y define esta como el «compromiso o responsabilidad» de actuar frente a otra parte de una determinada manera. Pero para más confusión, el MC aclara no obstante, quizás de una manera no muy coherente con la anterior afirmación, que las obligaciones también pueden aparecer por la actividad normal de la empresa, por las costumbres y por el deseo de mantener buenas relaciones comerciales o de actuar de forma equitativa. Pone como ejemplo el caso de una empresa que siga la política de reparar los productos vendidos fuera del periodo de garantía. En este supuesto, el importe que se estime desembolsar respecto a los bienes ya vendidos representaría también un pasivo para la empresa. En realidad, lo que hace el MC con estas explicaciones es reconocer, sin nombrarlas, las obligaciones implícitas. Pero, ¿nos encontramos ciertamente en estas situaciones ante un compromiso o responsabilidad de actuar?

Defiendo que a menudo, y no solo en raras ocasiones, es difícil juzgar si una entidad no tiene «otra alternativa más realista» que satisfacer el importe correspondiente a una obligación. Por ejemplo, cuando las entidades puedan evitar desembolsos futuros mediante actuaciones que pudieran dañar sus intereses económicos. ¿Serían esas actuaciones alternativas realistas? Imaginemos unos grandes almacenes que tienen la costumbre de admitir la devolución de los productos vendidos cuando el cliente no se sienta satisfecho, incluso en el caso de que estos productos

presenten un cierto grado de deterioro por su uso. Evidentemente, esto acarrea unos costes. Pero la cuestión es si este comercio puede considerar realista evitar los desembolsos futuros asociados a esa práctica mediante su supresión, lo que previsiblemente dañaría la cifra de ventas. En caso negativo, es decir, si esa alternativa no se considerase realista por el daño que causaría, se ampliaría el concepto de obligación, haciéndose necesario reconocer obligaciones en situaciones en las que, siendo estrictos con la definición del MC, podría resultar embarazoso intentar justificar la presencia de un compromiso o responsabilidad de actuar a cargo de la empresa.

El Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIIF) trató esta cuestión en la Interpretación CINIIF 6, «Obligaciones surgidas de la participación en mercados específicos – Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos», y valoró la posibilidad de que una entidad que operara en ese mercado soportara una obligación implícita por los costes que inevitablemente incurriría si continuara operando en él, puesto que no sería una alternativa realista retirarse del mercado. Sin embargo, finalmente rechazó esta aproximación, centrándose en el mandato de la NIC 37, que establece que una obligación debe existir independientemente de las acciones futuras de la empresa. Más categórica se presenta la Interpretación CINIIF 21, «Gravámenes». Esta interpretación fue emitida con el objeto de clarificar la contabilización de los gravámenes o impuestos en los estados financieros de las entidades obligadas a pagarlos, es decir, con la intención de determinar cuándo debe reconocerse un pasivo por el pago de un gravamen comprendido dentro del alcance de la NIC 37. De los acuerdos expresados en el documento emitido se desprende que el Comité de Interpretaciones entiende que para que exista una obligación presente la entidad no debe tener ninguna capacidad para evitar el pago futuro, ni siquiera en teoría. Conforme a este documento, por otra parte, el suceso que da origen a la obligación, generando en consecuencia un pasivo, es la actividad que da lugar al pago del gravamen de acuerdo a la legislación vigente.

3. TENDENCIAS DEL IASB PUESTAS DE MANIFIESTO EN LOS PROYECTOS DE MODIFICACIÓN DE LA NIC 37 Y DEL MARCO CONCEPTUAL

El BM de la NIC 37 mantiene el argumento de que una característica fundamental de todo pasivo es la existencia de una obligación presente resultante de sucesos pasados. Y conforme declara en su versión inicial de 2005, para que un suceso pasado dé lugar a una obligación presente, la empresa debe contar con poca o ninguna capacidad para evitar el pago. La expresión «poca o ninguna capacidad para evitar el pago» resulta realmente ambigua, y presenta dificultades en su aplicación. Parece que fue extraída del MC, aunque allí se encuadra en un contexto diferente, intentando facilitar la distinción entre una obligación presente y un encargo para el futuro, matizando que la decisión de adquirir activos en el futuro no da lugar, por sí misma, al nacimiento de un pasivo, ya que el pasivo surgirá solamente cuando se haya recibido el activo o la entidad haya suscrito un acuerdo irrevocable para la adquisición, resultando irrevocable cuando las consecuencias económicas del incumplimiento de la obligación (p. ej. por aplicación de una sanción importante) dejen a la entidad con poca o ninguna discrecionalidad para evitar la salida de recursos (MC.61). En nuestro contexto, el hecho de que la entidad contara con cierta capacidad

para evitar el pago, aunque fuera «poca», significaría que el pago quedaría condicionado a sus propias acciones en el futuro.

En mi opinión, a los efectos de evitar las dificultades interpretativas planteadas más arriba, resultaría más apropiada la solución propuesta por la Interpretación CINIIF 21, que condiciona la existencia de las obligaciones a que la entidad no tenga absolutamente «ninguna» capacidad para evitar el pago, en lugar de hablar de «poca o ninguna» capacidad para evitar el pago, que deja las puertas abiertas a las más variadas interpretaciones. No obstante, el IASB optó por una solución distinta y decidió sencillamente eliminar la locución «poca o ninguna capacidad para evitar el pago» y sustituirla por la de «compromiso o responsabilidad de actuar», ya utilizada en el MC (MC.60). En efecto, el Consejo se planteó si aquella condición debía mantenerse y en caso positivo qué rol debía jugar en la identificación de una obligación presente¹⁰. Como es natural, reflexionó sobre el significado y el posible alcance del adjetivo «poca», y estimó que en el peor de los casos las entidades podrían apoyarse en esta ambigüedad para justificar a su conveniencia el reconocimiento de pasivos. Así, con el afán de encontrar una expresión adecuada valoró distintas alternativas que fueran más comprensibles y que permitieran determinar con mayor precisión cuándo y por qué una empresa se encontraba ante una obligación presente. Entre ellas figuraban algunas como «compromiso irrevocable», «sin discreción» o «que la entidad no puede evitar». Pero entendió que todas estas opciones podían llegar a colisionar con el MC, por lo que finalmente propuso sustituir la expresión «poca o ninguna capacidad para evitar el pago» por la de «compromiso o responsabilidad de actuar» que, como sabemos, está presente en el MC.

El proyecto de modificación del MC, en su borrador de 2015, sí se aproxima a la condición sostenida en la Interpretación CINIIF 21, a la que me refería anteriormente, cuando propone que una de las dos condiciones exigidas a una obligación presente consiste en que la entidad «no tenga capacidad práctica para evitar el pago». La otra condición exigida a las obligaciones, prevista en los trabajos preparatorios para la modificación del MC, reside en que la obligación debe haber surgido a raíz de sucesos pasados, es decir, que la entidad haya recibido los beneficios económicos o llevado a cabo las actividades que determinan el alcance de su obligación.

4. INCERTIDUMBRES ASOCIADAS AL NACIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

La NIC 37 define de una manera perfectible el suceso que da origen a la obligación, al incluir los términos explicados en la definición, como aquel suceso del que nace una obligación de pago, de forma que a la empresa no le queda otra alternativa más realista que satisfacer el importe correspondiente. El suceso que da lugar a la obligación es en muchas ocasiones fácilmente identificable, no dejando lugar a dudas sobre la aparición de una obligación. Pero en otras circunstancias el nacimiento de una obligación se muestra incierto. En esas situaciones, la norma resuelve

¹⁰ Reunión del IASB de 20 de julio de 2007 (Agenda Paper 10A).

que se ha originado dicha obligación si, teniendo en cuenta toda la evidencia disponible, existe una probabilidad mayor de que se haya incurrido en ella que de lo contrario, esto es, si se puede cuantificar la probabilidad de su existencia en más de un 50%.

No obstante, la determinación de la existencia de una obligación presente cuando su nacimiento tiene asociado algún tipo de incertidumbre conlleva especiales dificultades que no pueden resolverse, en mi opinión, con una regla como la descrita en el párrafo anterior. Para ser coherentes con los aspectos conceptuales discutidos en los epígrafes que preceden, en estas posibles situaciones inciertas la entidad debe averiguar caso a caso si la obligación existe o no, más que despachar la cuestión intentando evaluar si la probabilidad de que se haya originado es mayor que de lo contrario para reconocer, en su caso, una provisión o informar, en caso contrario, de un pasivo contingente. Y en esa dirección se orientó el IASB durante los primeros años del proyecto, que se planteó abandonar el criterio e incluir en su lugar en el BM una serie de indicaciones que permitieran a las entidades identificar la existencia de sus obligaciones en escenarios inciertos¹¹, por lo que de haberse confirmado esta opción habría dejado de apoyarse en la regla de la probabilidad, para basarse únicamente en el análisis de otras informaciones de carácter cualitativo. No obstante, la presión de la profesión contable y algún órgano regulador provocó que el Consejo retornara al criterio de mayor probabilidad de que exista la obligación que de lo contrario¹², aunque mantiene el recurso a las informaciones cualitativas.

La incertidumbre que atañe al nacimiento de las obligaciones puede localizarse, básicamente, bien en el acaecimiento del suceso pasado, bien en la relación causa-efecto entre el suceso ocurrido y el origen de la obligación. Aunque también podría derivarse de la inseguridad ligada a la discrecionalidad conferida a los tribunales de justicia y otras autoridades competentes en la interpretación del derecho. En el primero de los casos, se trata de determinar si el suceso pasado ha ocurrido realmente. No resulta obvio que haya acontecido ese suceso, pero si se ha producido, entonces podría haber nacido una obligación. Un ejemplo de este tipo de incertidumbre podría ser la denuncia de un cliente por una supuesta venta engañosa que todavía no se ha verificado. En la segunda situación, se presentarían dudas en cuanto a la relación causa-efecto entre el suceso ocurrido y el origen de la obligación. Existe certeza en cuanto a que el suceso pasado ha ocurrido, pero no de que como consecuencia haya nacido una obligación. Imaginemos que en el ejemplo anterior se ha comprobado que la venta se ha producido en los términos que ha descrito el cliente en su denuncia, pero que no está claro si esas prácticas son disconformes a derecho. Y en el tercero de los escenarios, la incertidumbre tendría que ver con la desigual aplicación del derecho por las distintas autoridades competentes para resolver sobre un mismo asunto, puesta de manifiesto por la jurisprudencia u otros precedentes disponibles. Siguiendo con el mismo ejemplo, una vez que se ha confirmado que los hechos denunciados son contrarios a la ley, podrían subsistir aún dudas sobre la orientación del pronunciamiento del tribunal, que podría fallar a favor de la empresa. No obstante, se hace necesario matizar en este momento que, en el caso de los procedimientos judi-

¹¹ Reunión del IASB de 26 de mayo de 2006 (Agenda Paper 10C).

¹² Reunión del IASB de 16 de noviembre de 2010.

ciales y similares, se pueden presentar dos incertidumbres distintas: la que se refiere a la existencia de una obligación presente (que es la que nos interesa aquí) y la relativa al importe que la sentencia o resolución acuerde imponer, en su caso, a la empresa para el cumplimiento de la obligación.

El IASB ha reconocido y estudiado en el curso de sus discusiones estas incertidumbres asociadas al nacimiento de las obligaciones y ha identificado otras adicionales, relacionadas principalmente con el concepto de «obligación implícita», a las que me referiré en el epígrafe dedicado a este tipo de obligaciones. Pero destaco sobre todo el especial interés que ha puesto el Consejo durante este tiempo en el análisis conceptual de la segunda de ellas, es decir, aquella en la que se plantea la cuestión de si un determinado suceso conocido ha dado lugar a una obligación presente. Para ilustrar la incertidumbre sobre la existencia de una obligación presente nacida a partir de un suceso conocido, el Consejo planteó el caso¹³ de una empresa que vendió una única hamburguesa durante un ejercicio contable y sabe que existe una posibilidad entre un millón de que la hamburguesa estuviera contaminada. En el caso de que fuera así, el vendedor tendría que satisfacer al cliente una indemnización por importe de 100.000 libras esterlinas. El Consejo consideró provisionalmente que a la fecha de cierre del ejercicio el vendedor tendría una obligación presente solamente si la hamburguesa vendida hubiera estado contaminada, pero no alcanzó ninguna conclusión definitiva sobre cómo tratar la incertidumbre asociada, por lo que propuso dos alternativas de interpretación con la intención de discutir cuál de ellas reflejaría mejor la naturaleza de la obligación:

- Interpretación 1. Conforme a esta perspectiva, el suceso que da origen a la obligación es la venta de la hamburguesa contaminada, por lo que como existe incertidumbre acerca del acaecimiento del suceso, se presenta en consecuencia incertidumbre sobre el nacimiento de la obligación. Entiende el IASB, insistiendo en la distinción entre lo que sería la existencia de una obligación presente y la concurrencia de un riesgo empresarial, que la empresa estaría solamente asumiendo el riesgo de ser demandada por la venta de una hamburguesa contaminada. Por lo tanto, tan solo nacería la obligación si se hubiera vendido la hamburguesa en esas condiciones.
- Interpretación 2. Desde esta perspectiva, el suceso que da origen a la obligación es la venta de la hamburguesa. En el momento en el que la empresa vende la hamburguesa nace una obligación bien de vender el producto en buenas condiciones, bien de compensar al cliente con una indemnización. No existiría por tanto incertidumbre sobre el nacimiento de una obligación y, en consecuencia, la empresa debería valorar a la fecha de cierre del ejercicio contable la obligación remanente de indemnizar. Como argumentos a favor de esta perspectiva se expone que el precio de la hamburguesa incorporaría la posibilidad de que por imposición legal la empresa tuviera que realizar un desembolso en caso de contaminación, y que la empresa podría estar dispuesta a pagar a un tercero una prima por la transferencia de este riesgo.

¹³ Reunión del IASB de 17 de mayo de 2007 (Agenda Paper 7).

5. ORIENTACIONES OFRECIDAS POR EL IASB PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL NACIMIENTO DE OBLIGACIONES EN ESCENARIOS INCIERTOS

De entre las alternativas valoradas por el IASB para afrontar la cuestión relativa a la identificación del nacimiento de obligaciones presentes en el marco de alguno de los escenarios inciertos descritos en el epígrafe anterior, el Consejo pronto se inclinó por la enumeración y explicación de indicadores como la opción más adecuada. De este modo, mediante el análisis de ciertas informaciones de carácter cualitativo, las entidades identificarían la existencia de obligaciones sin necesidad de recurrir al criterio de probabilidad.

El criterio de probabilidad previsto en la NIC 37 para determinar la existencia de una obligación presente fue descartado por el IASB tras un intenso debate vivido durante los trabajos de reforma de la norma¹⁴, debido a que dicho criterio llevaría a las empresas a excluir del balance algunas obligaciones presentes que satisfacen la definición de pasivo, como podría ser el caso de las garantías. Aproximadamente la mitad de los participantes en la reunión se mostró a favor de mantener el criterio de probabilidad bajo el pretexto de que este fomenta la comparabilidad al ofrecer una referencia clara a la hora de evaluar cada hecho contable, y que es además neutral por sectores y países, lo que facilitaría su uso a nivel internacional. La otra mitad de los participantes, sin embargo, se manifestó en contra del criterio discutido, ya que representa una regla artificial que podría llevar a las empresas a desestimar la contabilización de hechos que son, en realidad, pasivos.

Los indicadores incorporados en el BM ayudarían a la entidad a resolver sobre la existencia de una obligación, basándose en la experiencia acumulada por la entidad en situaciones similares, en la experiencia de otras empresas, en la opinión de profesionales independientes, en informes realizados sobre el caso, en la información aportada por la parte demandante, en su caso, etc. Así, las entidades deberían llevar a cabo un juicio de valoración basado en las guías ofrecidas por el IASB, referidas a una relación de elementos de naturaleza, por otra parte, no exhaustiva, por lo que podría la entidad considerar cualquier otra información probatoria disponible, como la basada en el conocimiento de los supuestos de hecho y de derecho aplicables al caso o el tipo de contexto de la empresa, por ejemplo. Incluso podría hacer uso de informaciones conocidas en fecha posterior a la de balance, derivadas de hechos que se hubieran producido entre la fecha de balance y la de formulación o autorización de los estados financieros para su divulgación, siempre referidos a condiciones que ya existieran en la fecha de cierre del ejercicio contable, de conformidad con lo establecido en la NIC 10, «Hechos posteriores a la fecha del balance».

A pesar de todos estos avances, en noviembre de 2010 el Consejo readmitió el criterio de probabilidad, aunque decidió conservar la esencia de esas orientaciones cualitativas para facilitar la identificación del nacimiento de obligaciones en escenarios inciertos, de una manera particular, las relacionadas con procedimientos judiciales o similares.

¹⁴ IASB Meeting Audio Playback de 20 de julio de 2007 (resumido en Agenda Paper 10B de la misma fecha).

V. OBLIGACIONES DE ESTAR PREPARADO (*STAND-READY OBLIGATIONS*)

1. EL CONTRASENTIDO DE LAS OBLIGACIONES POSIBLES

Cuando la NIC 37 trata los pasivos contingentes, incorpora dentro de este término dos definiciones muy distintas, con sendas descripciones de las características correspondientes a cada una de ellas. Por una parte, se refiere a las obligaciones presentes, surgidas a raíz de sucesos pasados, que no se han reconocido contablemente bien porque no es probable que la empresa tenga que satisfacerlas, desprendiéndose de recursos que incorporen beneficios económicos, bien porque el importe de las obligaciones no puede ser valorado con la suficiente fiabilidad. Y por otra parte, se refiere a las obligaciones posibles, surgidas a raíz de sucesos pasados, cuya existencia ha de ser confirmada solo por la ocurrencia, o en su caso por la no ocurrencia, de uno o más eventos inciertos en el futuro, que no están enteramente bajo el control de la empresa. Me refiero ahora a la segunda de las definiciones, a la relativa a las obligaciones posibles, aquellas en las que la cuestión sobre si se ha originado una obligación presente se muestra como incierta, dado que no se ha verificado una probabilidad mayor de que se haya incurrido en ella que de lo contrario. Se trata de pasivos contingentes que conforme a la NIC 37 no se reconocen contablemente puesto que hasta que no ocurran determinados hechos futuros no se confirmará si la empresa tiene una obligación presente que pueda suponer una salida de recursos que incorporen beneficios económicos.

Las obligaciones posibles han sido consideradas también en la NIIF 3, «Combinaciones de negocios». En el párrafo 37 de la versión de 2004 de esta norma se establecía que la entidad adquirente reconocería por separado los pasivos contingentes identificables de la adquirida, en la fecha de la adquisición, si sus valores razonables podían ser medidos con fiabilidad. De este modo, se valoró que en la fecha de adquisición la entidad adquirente reconociera todos los pasivos contingentes asumidos en una combinación de negocios, incluso las obligaciones posibles¹⁵. El Consejo razonó en aquel momento que las obligaciones posibles en una combinación de negocios debían reconocerse como pasivos dentro del proceso de distribución del coste. Y eso se justificaba con base en que estos elementos reducían de hecho el precio que la adquirente estaba dispuesta a pagar por la adquirida, ya que estaba asumiendo una obligación.

En mi opinión, este punto de vista desde el que el IASB observó las llamadas obligaciones posibles induce a pensar que estas figuras son en realidad auténticas obligaciones presentes. De hecho, si durante el proceso de valoración de la participación adquirida la empresa adquirente exige un descuento en el precio por la existencia de estas partidas es probablemente porque la empresa espera tener que desprenderse de recursos económicos para su cancelación, es decir, porque

¹⁵ El párrafo 23 de la actual versión de la NIIF 3 establece que «[...] la adquirente reconocerá en la fecha de adquisición un pasivo contingente asumido en una combinación de negocios si es una obligación presente que surja de sucesos pasados y su valor razonable puede medirse con fiabilidad. [...]».

ha identificado la existencia de un pasivo. Mencionaba en el epígrafe dedicado a la propuesta de eliminación del término «pasivo contingente» por parte del IASB en el marco de la reforma de la NIC 37, que las obligaciones presentes no reconocidas contablemente por no ser probable una salida de recursos pasarían con la norma modificada, en tanto que pasivos, a reflejarse en el balance. Y en ese momento afirmé que aunque esas partidas llevan asociada una contingencia, no existe ninguna duda sobre su carácter de pasivos. Resuelvo ahora intentar demostrar que también las denominadas obligaciones posibles constituyen auténticos pasivos, y el adjetivo contingente se refiere igualmente en este caso, no al pasivo en sí, condicionando su existencia, sino a una característica asociada que de ocurrir, afectará a su importe. Dado que en el caso de una transacción se valorarían como un pasivo más, no pueden ser definidas como una obligación condicional, que no existe, y que solo llegaría a nacer si ocurriera o dejara de ocurrir un suceso futuro.

2. SUCESOS PASADOS INCIERTOS VERSUS SUCESOS FUTUROS

Veamos ahora con un poco más de detalle la definición de obligación presente que propone el BM de la NIC 37, con el objeto de reflexionar sobre el alcance que tiene la noción de sucesos futuros y ponerla en relación con la de sucesos pasados inciertos. Para ello nos apoyaremos en el ya presentado ejemplo de la hamburguesa contaminada y tocaremos el concepto de riesgos empresariales. En el curso de los trabajos de reforma de la norma sobre provisiones el IASB alcanzó la conclusión de que la definición de obligación presente debía dejar claros tres aspectos: 1) Que una obligación existe cuando una entidad tiene un compromiso o responsabilidad de actuar de una manera determinada. 2) Que el compromiso o responsabilidad de actuar es frente a otra parte. 3) Que la obligación presente existe independientemente de sucesos futuros.

Nos interesa en este momento centrarnos en el tercero de los aspectos, el relativo a los sucesos futuros, para lo que comenzamos recordando el sentido de la incertidumbre asociada al nacimiento de las obligaciones, es decir, de la incertidumbre ligada a sucesos pretéritos. En el ejemplo de la hamburguesa, en el que nos planteábamos la existencia de una obligación presente con base en el acaecimiento de un suceso pasado, el Consejo se inclinaba por razonar que a la fecha de cierre del ejercicio el vendedor tendría una obligación presente solamente si la hamburguesa vendida hubiera estado contaminada, entendiéndose que, en general, si existe incertidumbre acerca del acaecimiento del suceso pasado, se presenta en consecuencia incertidumbre sobre el nacimiento de la obligación, por lo que concluía que la empresa no estaría ante una obligación presente, sino ante un riesgo empresarial, el riesgo de ser demandada por haber vendido una hamburguesa contaminada, en su caso. Esto es, el origen de la obligación solo se desencadenaría si ocurriera un suceso futuro, si en el futuro se interpusiera una demanda contra la empresa, algo que, a la fecha de cierre del ejercicio, la empresa en principio no podía conocer. Una interpretación alternativa para este supuesto consistía en entender que el suceso que daba origen a la obligación había ocurrido ya, era un suceso pasado, la venta de la hamburguesa, habiendo nacido por tanto una obligación en ese momento de la transacción, puesto que la empresa debía vender el producto en buenas condiciones o, en caso contrario, compensar al cliente con una indemnización. Conforme a esta interpretación, no existirían dudas sobre el nacimiento de la obligación y,

en consecuencia, la empresa debería teóricamente reflejar a la fecha de cierre del ejercicio contable la obligación de indemnizar, dado que siempre habría alguna probabilidad de que llegara a materializarse dicha indemnización.

Resulta, por tanto, que un elemento fundamental que marca la diferencia entre el nacimiento o no de una obligación es el momento de acaecimiento del suceso fuente de su origen. Si el suceso es pasado y ha ocurrido, podemos hablar de la presencia de una obligación, pero si se trata de un suceso futuro estaríamos, en cambio, ante lo que el IASB llama una obligación posible y, en consecuencia, solamente ante un riesgo empresarial. En este sentido, el Consejo concluyó en marzo de 2007 que la existencia de una obligación presente es lo que marca la diferencia entre un pasivo y un riesgo empresarial, y por lo tanto el acontecimiento de sucesos pasados distingue los pasivos de los riesgos empresariales¹⁶. Así, una obligación presente surge tras haber ocurrido algo, mientras que un riesgo empresarial es algo que podría ocurrir en el futuro. Asimismo, una salida potencial de recursos económicos no permite diferenciar los pasivos de los riesgos empresariales, dado que ambas figuras pueden dar lugar a salidas de recursos.

A pesar de estas construcciones, no encuentro totalmente congruente desde un punto de vista conceptual el modelo presentado por el IASB. En efecto, hemos dicho que en el ámbito de las combinaciones de negocios se había llegado a entender, de una manera en mi opinión muy coherente con la realidad empresarial, que las llamadas obligaciones posibles representaban a menudo auténticos pasivos dado que tenían un valor, un efecto negativo sobre el precio que la empresa adquirente estaba dispuesta a pagar por la adquirida. Y con base en eso planteaba la hipótesis de que las obligaciones posibles serían en realidad, en esos casos, auténticas obligaciones presentes. En este mismo sentido, no me parece aceptable que se niegue su cualidad de pasivo a pesar de que en el proceso de valoración de la adquirida la adquirente descuenta en el precio un importe por la presencia de estas partidas. No resulta, por tanto, coherente hablar de obligaciones posibles, pues eso implicaría admitir que se trata de obligaciones condicionales, o lo que es lo mismo, de no pasivos, algo que resulta contradictorio con todo lo dicho más arriba.

Podemos ver estas afirmaciones con mayor claridad si retomamos el caso de la hamburguesa tan estudiado y discutido por el IASB. Este ha tendido a afirmar que en el supuesto planteado no se puede confirmar el evento pasado que daría lugar a una obligación presente, ya que no se había confirmado a la fecha de balance que la hamburguesa vendida estuviera contaminada. Pero sería un hecho fácilmente aceptable que en el marco de la política de costes adoptada por la entidad se incluyera dentro del precio de la hamburguesa un componente para reflejar la posibilidad de que esta tuviera que realizar un desembolso en caso de contaminación, así como que la empresa estuviera dispuesta a pagar a un tercero una prima por la transferencia de los efectos asociados a esa posibilidad. Estaríamos, por lo tanto, ante un pasivo, con origen en la presencia de una obligación presente, la de indemnizar si fuera necesario, que es consecuencia de un suceso pasado, la venta del producto bajo una jurisdicción con unas normas legales determinadas en caso de contaminación.

¹⁶ Reunión del IASB de 20 de marzo de 2007 (Agenda Paper 3B).

3. ESCISIÓN DE LAS OBLIGACIONES CON CONTINGENCIAS FUTURAS ASOCIADAS

Tras la eliminación del término «pasivo contingente», el BM de la NIC 37 utiliza el adjetivo «contingente» no para referirse a la incertidumbre asociada a la existencia de un pasivo, sino a los sucesos futuros inciertos que, en caso de ocurrir, determinarán el importe necesario para cancelar una obligación. Así, propone que un pasivo cuyo importe de cancelación sea contingente, dependiendo de la realización, o no, de uno o más sucesos futuros inciertos, debe ser reconocido como tal, al considerarse que satisface la definición de pasivo recogida en el MC, independientemente de la probabilidad de producirse o no esos sucesos futuros.

Pero, ¿cómo se engrana esto con los conceptos vistos anteriormente? Entiende el IASB que la contingencia no se refiere a la existencia o no de una obligación incondicional, sino a uno o más sucesos futuros que afectan al importe necesario para cancelar la obligación. Y así, se introduce una nueva forma de analizar algunas de las partidas anteriormente consideradas como pasivos contingentes, entendiendo que pueden ser descompuestas en dos obligaciones: una obligación que denomina incondicional y que da lugar a un pasivo, y una obligación que caracteriza de condicional y que determinará el importe necesario para la cancelación si se produce un cierto desenlace. Los pasivos para los que el importe de cancelación resulta contingente, dependiendo de uno o más sucesos futuros inciertos, se denominan en los documentos originales del IASB, en inglés, *stand-ready obligations*, que podríamos traducir como «obligaciones de estar preparado», puesto que la empresa soporta la obligación incondicional de estar preparada para cumplir con la obligación condicional si acontecen (o no acontecen) ciertos sucesos futuros inciertos. Así, el BM crea una construcción conceptual, quizás influenciada por las soluciones previstas por el FASB para el tratamiento de las garantías¹⁷, en virtud de la cual se puede explicar que en algunos casos existan pasivos en las empresas en los que el importe necesario para cancelarlos puede ser contingente o condicional dependiendo de la ocurrencia o no ocurrencia de uno o más eventos inciertos en el futuro. Y en estos casos interpreta el IASB, en definitiva, que las empresas cuentan con dos obligaciones, una obligación incondicional y otra condicional. En realidad, el BM de la NIC 37 no define el término «obligación de estar preparado», pero a la hora de describirlo subraya que se trata de una obligación presente que, en términos del MC, debe ser incondicional y en consecuencia su existencia no puede depender de la ocurrencia de acontecimientos futuros.

Podemos concluir que la existencia de una obligación presente permite distinguir una obligación de estar preparado de un riesgo empresarial, por las mismas razones por las que la existencia de una obligación presente diferencia un pasivo de un riesgo empresarial. Por lo tanto, se presenta como condición *sine qua non* que exista una obligación presente también para que una partida pueda ser descrita como una obligación de estar preparado, concepto que describe situaciones en

¹⁷ Financial Accounting Standards Board (FASB), *FASB Interpretation No. 45 Guarantor's Accounting and Disclosure Requirements for Guarantees, Including Indirect Guarantees of Indebtedness of Others (FIN 45)*, Financial Accounting Standards Board, Norwalk (Connecticut), November 2002.

las que tan solo existe incertidumbre acerca del importe necesario para cancelar una obligación presente, pero en las que no se da incertidumbre sobre la propia existencia de la obligación presente.

VI. OBLIGACIONES IMPLÍCITAS

1. LA DEBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES NO FUNDAMENTADAS EN UN MANDATO LEGAL

Conforme establece la NIC 37, las obligaciones pueden tener su origen tanto en una disposición expresa, ya sea de tipo legal o contractual, como en un reconocimiento implícito por parte de la empresa. Entiende la norma que la propia empresa, con determinadas actuaciones no vinculantes desde un punto de vista estrictamente legal, puede originar una obligación si con ellas ha creado una expectativa válida frente a terceros de que la ha asumido, lo que ocurre si expresa explícita o implícitamente que cumplirá frente a ellos ciertos compromisos o responsabilidades. Estas promesas pueden manifestarse bien mediante un patrón de comportamiento de la empresa, bien mediante políticas empresariales que son de dominio público o bien mediante declaraciones concretas que confirmen su aceptación. La expectativa válida, creada por la empresa ante los terceros con los que debe cumplir sus compromisos o responsabilidades, constituye el suceso pasado del que conforme a la norma se deriva la obligación, el que se ha denominado suceso que da origen a la obligación. Según la NIC 37, este suceso implica que a la empresa no le queda, como consecuencia del mismo, otra alternativa más realista que atender al pago de la obligación creada por tal suceso.

Pero recordamos por otra parte que la NIC 37, cuando desarrolla el significado de la noción de obligación, pone como condición que esta exista independientemente de las acciones futuras de la empresa, de modo que los desembolsos que pueda evitar mediante actuaciones futuras no representan una obligación para ella. Parece incongruente, por una parte, subordinar la existencia de las obligaciones a su independencia respecto de todo tipo de actuación futura por parte de la empresa y, por otra parte, admitir que esta cuenta con otras alternativas distintas a la de hacer el pago, aunque no sean las más realistas, que permitieran evitar que se presentara el suceso que habría de dar origen a la obligación. Asimismo, tampoco parece muy sólida la afirmación de que una vez creada una expectativa ante terceros, a la empresa no le queda otra alternativa más realista que cumplir con sus promesas.

Por su parte, el MC define las obligaciones presentes como el compromiso o la responsabilidad de actuar frente a otra parte de una determinada manera, pero afirma que las obligaciones también pueden aparecer por la actividad normal de la empresa, por las costumbres y por el deseo de mantener buenas relaciones comerciales o de actuar de forma equitativa, admitiendo las obligaciones implícitas.

En mi opinión, la condición de que la obligación deba existir independientemente de las acciones futuras de la empresa es categórica, y no deja mucho margen de interpretación al nacimiento

de obligaciones más allá de las que puedan ser exigibles conforme a derecho. En el supuesto que he planteado más arriba de unos grandes almacenes que siguen la política comercial de admitir la devolución de los productos vendidos cuando el cliente no se sienta satisfecho, incluso si esos productos presentan un cierto grado de deterioro por su uso, el comercio ha creado una expectativa válida frente a sus clientes, que es consecuencia de su patrón de comportamiento pasado o de una política comercial bien conocida por esa clientela y como resultado entiende la NIC 37 que ha nacido una obligación. Pero al mismo tiempo, es obvio que a la empresa sí le queda otra alternativa que podría ser realista, la de suspender en el futuro la práctica de admitir esos productos a devolución, y si le queda otra alternativa realista (todo dependerá del coste de cada una de las alternativas), no se verifica la presencia del suceso que da origen a la obligación y, por lo tanto, no se ha originado una obligación, lo que niega el razonamiento anterior. En conclusión, a pesar de haber creado la empresa una expectativa válida ante terceros no ha nacido una obligación que pueda existir independientemente de las acciones futuras de la empresa.

Si la obligación debe existir independientemente de las acciones futuras de la empresa, es decir, de la gestión de la entidad, y si los desembolsos que pueda evitar mediante actuaciones futuras no representan una obligación para la empresa, nos encontramos también con una contradicción en relación con los costes de reestructuración. En efecto, dice la norma que una vez que una entidad haya anunciado o comenzado a ejecutar un plan de reestructuración, soporta una obligación implícita por los gastos futuros esperados para completar esa reestructuración. El fundamento de esta conclusión es que el anuncio o comienzo de la ejecución de un plan crea expectativas válidas ante terceros de que la entidad va a llevarla a cabo, por lo que esta no tiene otra alternativa más realista que incurrir en los gastos necesarios para completar el plan. No obstante, tampoco en estos casos existe ningún inconveniente que impida a la empresa decidir evitar los costes retirando o modificando sus planes, si lo considera económicamente oportuno.

En este mismo sentido se pronunció la CINIIF 6, «Obligaciones surgidas de la participación en mercados específicos – Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos», que tras contemplar la posibilidad de que una entidad que operara en ese mercado podría estar soportando una obligación implícita por los costes que inevitablemente incurriría si continuara operando en él, puesto que no sería una alternativa realista retirarse del mercado, rechazó esta aproximación, apoyándose en el mandato de la NIC 37 que establece que una obligación debe existir independientemente de las acciones futuras de la empresa.

2. INSATISFACTORIA ELABORACIÓN CONCEPTUAL EN EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN

Ante las dificultades descritas en el apartado anterior y con la aspiración de solventarlas, el BM de la NIC 37 creyó que podía evitar las inconsistencias presentadas mejorando la definición de obligación implícita. Con ese objetivo añadió que para que se produzca el nacimiento de una obligación implícita además de ser necesaria la creación de una expectativa válida ante terceros, debe ocurrir que esos terceros puedan contar razonablemente con el cumplimiento por parte de la entidad de sus

responsabilidades. Por otra parte, el BM entendió que también resultarían beneficiosas para clarificar la figura de las obligaciones implícitas las propuestas presentadas en el ámbito de la definición de pasivo. Y de una manera muy particular, la sugerencia de sustituir la condición de que «a la empresa no le queda otra alternativa más realista que satisfacer el importe correspondiente», para que se verifique el nacimiento de una obligación a partir de un suceso pasado, por la de que «la empresa debe contar con poca o ninguna capacidad para evitar el pago», expresión a cuya ambigüedad ya hice referencia en el epígrafe dedicado a la problemática relativa al concepto de obligación presente.

En relación con las provisiones por reestructuración, el BM tuvo el acierto de abandonar el detallado tratamiento que ofrece la NIC 37, orientado a determinar cuándo aparece una obligación implícita por motivo de reestructuración y, simplificándolo notoriamente, afirmó que un pasivo por costes de reestructuración se reconoce única y exclusivamente cuando satisfaga la definición de pasivo, con independencia de que esos costes se deriven de una reestructuración o no.

Posteriormente, como consecuencia de las críticas recibidas, sobre todo a raíz de la consulta pública del BM de 2005, el IASB propuso un par de mejoras que supuestamente aclararían y facilitarían el tratamiento de las obligaciones implícitas, integrándolas mejor en el seno del concepto de pasivo. En primer lugar, el Consejo planteó la sustitución de la condición de «poca o ninguna capacidad para evitar el pago», incorporada en la definición de obligación, por la tomada del MC de «compromiso o responsabilidad de actuar». Y en segundo lugar, sugirió el Consejo aclarar que las meras decisiones de la dirección de la empresa o sus intenciones de incurrir en salidas de recursos que lleven incorporados beneficios económicos no son, por sí mismas, suficientes para justificar el origen de una obligación¹⁸, afirmando incluso que la presión económica no constituye razón suficiente para justificar el nacimiento de una obligación, de modo que aunque una empresa se sienta forzada a actuar de una determinada manera, en defensa de sus intereses económicos, eso no significa que soporte un «compromiso o responsabilidad de actuar» frente a terceros.

A pesar de estos intentos de mejora, podemos identificar todavía algunas debilidades o discordancias:

Primero, en relación con la noción de expectativa válida creada ante terceros, la agregación de que para que se produzca el nacimiento de una obligación implícita es necesario que los terceros puedan contar razonablemente con el cumplimiento de las responsabilidades por parte de la entidad, no aporta mucho. En efecto, por una parte, el hecho de que los terceros perciban que pueden contar con el cumplimiento por la empresa no implica que esta tenga el compromiso o responsabilidad de actuar y, por otra parte, el adverbio «razonablemente» no consigue reducir la ambigüedad que en sí ya incorpora la expectativa creada frente a terceros.

Segundo, se sigue presentando una seria incoherencia entre las definiciones de obligación presente y de obligación implícita. Esta última se define como aquella que, sin dimanar de una

¹⁸ Reunión del IASB de 20 de julio de 2007 (Agenda Paper 10A).

imposición legal, se presenta si la entidad ha revelado o mostrado que acepta unas responsabilidades específicas, lo ha manifestado a los terceros beneficiarios y como consecuencia de ello ha creado una expectativa válida de que cumplirá con sus compromisos. Pero la obligación presente se define como aquella que existe independientemente de todo suceso futuro, de modo que si la entidad puede evitarla mediante sus acciones en el futuro, entonces no tiene una obligación presente. El problema radica en que en principio, en ausencia de imposición legal, la empresa podría, mediante sus propias acciones en el futuro, rehuir sus compromisos. A mayor abundamiento, el borrador de trabajo de la nueva norma publicado en 2010¹⁹ establece que las decisiones o intenciones de la dirección de la empresa de actuar en un determinado sentido no son, por sí mismas, suficientes para crear una obligación, ni siquiera en el caso en el que la empresa se vea forzada económicamente a actuar en ese sentido debido a presiones de tipo comercial o para poder continuar sus actividades.

Y tercero, a pesar de la anterior afirmación del IASB de que ni siquiera en el caso de que la empresa se vea forzada económicamente a actuar en un determinado sentido se origina una obligación, entiendo que si el quebranto económico derivado de no actuar en ese sentido es significativo frente a la alternativa de actuar, se origina una obligación implícita. Y con mayor razón, en el caso concreto de que se pusiera en una situación comprometida la continuidad de sus actividades y, por consiguiente, la propia existencia de la entidad.

VII. CONCLUSIONES FINALES

1. El IASB se encuentra actualmente inmerso en un proyecto de investigación, de marcado carácter conceptual, destinado a la elaboración y emisión de una nueva NIIF que sustituirá la NIC 37, «Provisiones, activos contingentes y pasivos contingentes», a cuyo efecto publicó en 2005 un BM que marcó el inicio de un proceso de discusiones y elaboración de conclusiones provisionales que aún no ha finalizado. Las dificultades encontradas, sobre todo a la hora de delimitar los conceptos fundamentales, hacen complicado el logro de un modelo contable coherente y satisfactorio.
2. El ámbito de aplicación *ratione materiae* del modelo propuesto por el IASB se extiende más allá de los elementos de naturaleza contingente, abarcando con carácter general todos los pasivos, con las únicas condiciones de que no vengan cubiertos por otra norma internacional y que no se deriven de contratos pendientes de ejecución no onerosos, lo que contradice el espíritu de la norma y perjudica la fiabilidad de la información contable.
3. En el curso de los trabajos de investigación desarrollados por el IASB, se produce una grave confusión terminológica y conceptual, equiparando las nociones de

¹⁹ Working Draft (Liabilities) de 19 de febrero de 2010.

- «contingente» y «condicional», lo que desemboca en la eliminación defectuosamente justificada del término «pasivo contingente».
4. Uno de los resultados principales del proyecto de investigación promovido por el IASB consiste en la no incorporación de las obligaciones posibles en los estados financieros, por entender que no observan la definición de pasivo, lo que lleva a omitir información financiera que puede tener impacto en patrimonio y en resultados y, por tanto, ejercer influencia en las decisiones de los inversores.
 5. El Consejo ha definido obligación como el compromiso o responsabilidad de actuar en un determinado sentido y, tras serias vacilaciones, ha optado por mantener la regla de que en situaciones inciertas se origina una obligación si existe una probabilidad mayor de que se haya incurrido en ella que de lo contrario, lo que incrementa el número de partidas no reconocidas contablemente. El IASB introduce, no obstante, una artificiosa construcción, las llamadas obligaciones de estar preparado, para justificar el reconocimiento de algunas de las obligaciones posibles (garantías). En su virtud, ciertas obligaciones con contingencias futuras asociadas se escinden en dos: una obligación incondicional que da lugar a un pasivo y una obligación condicional que determinará el importe necesario para la cancelación si se produce un cierto desenlace.
 6. Tras la revisión de las soluciones propuestas por el BM de la NIC 37 en materia de obligaciones implícitas, se constata una seria incongruencia entre el concepto relativo a estas y la definición de obligación. La creación de una expectativa válida ante terceros de que la empresa cumplirá con sus compromisos, origen de la obligación implícita, no garantiza que no pueda evitar dicho cumplimiento mediante sus acciones en el futuro, lo que contradice la definición de obligación presente.

Bibliografía

- AHARONY, A. y DOTAN, A. [2004]: «A comparative analysis of auditor, manager and financial analyst interpretations of SFAS 5 disclosure guidelines», *Journal of Business Finance & Accounting*, 31, págs. 475-504.
- ALI, A. y HWANG, L. [2000]: «Country-specific factors related to financial reporting and the value relevance of accounting data», *Journal of Accounting Research*, 38 (1), págs. 1-21.
- BARTOV, E.; GOLDBERG, S. R. y KIM, M. [2001]: «The valuation-relevance of cash-flows and earnings: An international perspective», *Journal of International Financial Management and Accounting*, 12 (2), págs. 103-132.
- BELKAOUI, A. R. [1992]: *Accounting theory*, 3.rd ed., Academic Press.
- BERETTA, S. y BOZZOLAN, S. [2004]: «A framework for the analysis of firm risk communication», *The International Journal of Accounting*, 39, págs. 265-288.
- BERNSTEIN, L. A. [1995]: *Fundamentos de análisis financieros*, 4.^a ed., McGraw-Hill.

- BLASCO LANG, J. J. [1998]: «De la contabilidad creativa al delito contable», *Partida Doble*, 85, págs. 33-39.
- BOTOSAN, C. A.; KOONCE, L.; RYAN, S. G.; STONE, M. S. y WAHLEN, J. M. [2005]: «Accounting for Liabilities: Conceptual Issues, Standard Setting, and Evidence from Academic Research», *Accounting Horizons*, 19 (3), págs. 159-186.
- BROWN, S. y HILLEGEIST, S. A. [2007]: «How disclosure quality affects the level of information asymmetry», *Review of Accounting Studies*, 12, págs. 443-477.
- BRÜGGEMANN, U.; HITZ, J. M. y SELFHORN, T. [2013]: «Intended and Unintended Consequences of Mandatory IFRS Adoption», *European Accounting Review*, 22 (1), págs. 1-37.
- BURGSTHALER, D. C. y DICHEV, I. D. [1997]: «Earnings Management to Avoid Earnings Decreases and Losses», *Journal of Accounting and Economics*, 24 (1), págs. 99-126.
- CALLAO GASTÓN, S. y JARNE JARNE, J. I. [2011]: «El impacto de la crisis en la manipulación contable», *Revista de Contabilidad*, 14 (2), págs. 59-85.
- CAPRIOTTI, K. y WALDRUP, B. E. [2005]: «Miscommunication of uncertainties in financial statements: a study of preparers and users», *Journal of Business & Economics Research*, 3, págs. 33-46.
- CEA GARCÍA, J. L. y VIDAL LOPO, R. [2008]: «Escenarios de excepción de prevalencia de la imagen fiel sobre los principios y normas contables legales», *RCyT. CEF*, 308, págs. 113-150.
- CUADRADO EBRERO, A. y VALMAYOR LÓPEZ, L. [1998]: *Metodología de la investigación contable*, McGraw-Hill.
- CUCCIA, A. D.; HACKENBRACK, K. y NELSON, M. W. [1995]: «The Ability of Professional Standards to Mitigate Aggressive Reporting», *The Accounting Review*, 70 (2), págs. 227-248.
- CHRISTENSEN, H. B.; LEE, E.; WALKER, M. y ZENG, Ch. [2015]: «Incentives or standards: What determines accounting quality changes around IFRS adoption?», *European Accounting Review*, 24 (1), págs. 31-61.
- DAVIDSON, R. A. y CHRISMAN, H. H. [1994]: «Translations of uncertainty expressions in Canadian Accounting and Auditing Standards», *Journal of International Accounting, Auditing & Taxation*, 3, págs. 187-203.
- DU, N. y STEVENS, K. [2011]: «Numeric-to-verbal translation of probability expressions in SFAS 5», *Managerial Auditing Journal*, 26, págs. 248-262.
- FAMA, E. F. [1965]: «The Behavior of Stock-Market Prices», *The Journal of Business*, 38 (1), págs. 34-105.
- GALLÉN ORTIZ, M. L. y GINER INCHAUSTI, B. [2005]: «La alteración del resultado para evitar pérdidas y descensos evidencias empíricas», *Revista española de financiación y contabilidad*, 124, págs. 141-182.
- GORE, J. P. O.; POPE, P. F. y SINGH, A. [2007]: «Earnings management and the distribution of earnings relative to targets: UK evidence», *Accounting and Business Research*, 37 (2), págs. 123-150.
- HOLTHAUSEN, R. W. y LEFTWICH, R. W. [1983]: «The economic consequences of accounting choice: implications of costly contracting and monitoring», *Journal of Accounting and Economics*, 5, págs. 77-117.
- JIMÉNEZ CARDOSO, S. M.; GARCÍA-AYUSO COVARSI, M. y SIERRA MOLINA, J. [2002]: *Análisis financiero*, Ed. Pirámide.
- JONES, M. J. [2011]: *Creative Accounting, Fraud and International Accounting Scandals*, Wiley.
- KENNEDY, J.; MITCHELL, T. y SEFCIK, S. E. [1998]: «Disclosure of Contingent Environmental Liabilities: Some Unintended Consequences?», *Journal of Accounting Research*, 36 (2), págs. 257-277.

- KIESO, D. E.; WEYGANDT, J. J. y WARFIELD, T. D. [2012]: *Intermediate Accounting*, 4.th ed., Wiley.
- LEE, G. A. [1973]: *Modern Financial Accounting*, Thomas Nelson & Sons.
- LI, J. Q. y DING, Y. [2008]: «Institutional effects on information content of U. S. and French management earnings forecasts», *Advances in Accounting, Incorporating Advances in International Accounting*, 24, págs. 101-109.
- MARTÍNEZ CHURIAQUE, J. I. [1985]: «Contabilidad y contingencias empresariales», *Revista española de financiación y contabilidad*, 46, págs. 157-182.
- [2007]: «Provisiones y contingencias», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2-3, págs. 295-320.
- MUÑOZ MERCHANT, A. [2003]: *Fundamentos de Contabilidad*, Editorial CERA.
- [2009]: *Análisis de estados financieros: Teoría y práctica*, Ediciones Académicas.
- NASER, K. [1993]: *Creative Financial Accounting: Its Nature and Use*, 1.st ed., Prentice Hall.
- NELSON, M. W. y KINNEY, W. R. [1997]: «The effect of ambiguity on loss contingency reporting judgments», *The Accounting Review*, 72 (2), págs. 257-274.
- QUESADA SÁNCHEZ, F. J. [2004]: *Aproximación a la metodología de la ciencia*, Universidad de Castilla-La Mancha.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, L. y NOGUERA GÁMEZ, L. C. [2014]: «Corporate reporting on risks: Evidence from Spanish companies», *Revista de Contabilidad*, 17 (2), págs. 116-129.
- ROSNER, R. L. [2003]: «Earnings Manipulation in Failing Firms», *Contemporary Accounting Research*, 20 (2), págs. 361-408.
- SCOTT, W. R. [2003]: *Financial Accounting Theory*, 3.rd ed., Pearson Education Canada Inc.
- SMITH, M.; KESTEL, J. y ROBINSON, P. [2001]: «Economic Recession, Corporate Distress and Income Increasing Accounting Policy Choice», *Accounting Forum*, 25 (4), págs. 334-352.
- TEIXEIRA, C. y SILVA, A. F. [2009]: «The Interpretation of Verbal Probability Expressions Used in the IAS/IFRS: Some Portuguese Evidence», *Revista de Estudios Politécnicos*, 7 (12), págs. 57-73.
- TÚA PEREDA, J. [2002]: «El marco conceptual y la reforma contable», *Partida Doble*, 136, págs. 52-59.
- [2006]: «Ante la reforma de nuestro ordenamiento», *Revista de Contabilidad*, 18, págs. 145-175.
- URÍAS VALIENTE, J. [1995]: *Análisis de estados financieros*, McGraw-Hill.
- ZEFF, S. A. [1978]: «The rise of economic consequences», *Journal of Accountancy*, 146, págs. 56-63.

INFORMACIÓN DE CONTENIDO MEDIOAMBIENTAL DIVULGADA POR LAS EMPRESAS DEL IBEX 35: ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA DIRECTIVA 2014/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

María Esperanza Calvo Centeno

Profesora Ayudante de la Universidad Europea de Madrid

Enrique Gragera Pizarro

Profesor Asociado de la Universidad Europea de Madrid

Eva Romero Ramos

Profesora Asociada de la Universidad Europea de Madrid

Eva Ropero Morriones

Profesora Titular de la Universidad Europea de Madrid

EXTRACTO

El objetivo de esta investigación es examinar el grado de divulgación de las cuestiones medioambientales en la información voluntaria disponible en las páginas web de las sociedades cotizadas en el año 2013 en el índice IBEX 35 de la Bolsa de Madrid, con el objeto de contrastar si la información analizada se encuentra en sintonía con la inclusión de información sobre las actuaciones empresariales con incidencia sobre el medio ambiente requerida por la Directiva Europea 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera por parte de determinadas empresas y determinados grupos. Para la consecución del objetivo propuesto se ha elaborado un índice de divulgación de información medioambiental, que ha servido como herramienta para conocer la influencia del sector de pertenencia de las entidades cotizadas en la cantidad de información incluida en los informes de responsabilidad corporativa, utilizando la metodología de análisis de contenido. Por último, se realiza un estudio descriptivo y un contraste de diferencia de medias (ANOVA), cuyos resultados dejan constancia de la influencia del sector en la cantidad de información sobre sostenibilidad medioambiental divulgada por los grupos de sociedades analizados.

Palabras claves: divulgación de información no financiera, informe de gestión consolidado, informe de responsabilidad corporativa, análisis de contenido y sostenibilidad medioambiental.

Fecha de entrada: 12-09-2016 / Fecha de aceptación: 15-09-2016

ENVIRONMENTAL INFORMATION DISCLOSED BY THE IBEX 35 COMPANIES: ANALYSIS OF THE REQUIREMENTS OF THE DIRECTIVE 2014/95/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL

María Esperanza Calvo Centeno

Enrique Gragera Pizarro

Eva Romero Ramos

Eva Ropero Morriones

ABSTRACT

The purpose of this research is to examine the extent of disclosure of environmental matters in the voluntary information available on the websites of listed companies on the IBEX 35 index of the Madrid Stock Exchange in 2013. In order to verify whether the information analyzed is consistent with the inclusion of information on corporate actions with an impact on the environment required by the Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of the 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial information by certain large undertakings and groups. For this purpose, an index of disclosure of environmental information has been proposed, which has served as a tool to determine the influence of the sector the listed companies belong to on the amount of information included in their corporate responsibility reports, using the content analysis methodology. Based on the above, a descriptive study over the index and a difference in means test (ANOVA) are carried out, whose results demonstrate the influence of the sector in the amount of information on environmental sustainability disclosed by the companies under study.

Keywords: disclosure of non-financial information, consolidated management report, corporate responsibility report, content analysis and environmental sustainability.

Sumario

1. Introducción
2. Contexto de la normativa medioambiental
 - 2.1. Estados financieros consolidados
 - 2.2. Informe de gestión consolidado
 - 2.3. Informe de responsabilidad corporativa
3. Planteamiento de objetivos
4. Metodología
5. Resultados
6. Conclusiones

Bibliografía

Anexos

1. INTRODUCCIÓN

El punto de arranque de este trabajo se sustenta en la importancia de los factores medioambientales en el desarrollo económico y social de las organizaciones. Hoy en día, pocos dudan de que la protección del medio ambiente sea necesaria para la supervivencia de la especie humana (CUÉLLAR FERNÁNDEZ y MONEVA ABADÍA, 2001). Los cambios producidos en los últimos años en el ecosistema global han puesto en evidencia la necesidad de reflexionar sobre las formas de consumo y producción de las organizaciones, surgiendo el concepto de desarrollo sostenible, entendido como un desarrollo duradero que permite satisfacer las necesidades actuales sin menoscabar la capacidad de satisfacer las de las generaciones futuras. (NACIONES UNIDAS, 1987). «La sostenibilidad ambiental conlleva también que el ritmo de emisión de contaminantes no sea superior a la capacidad del aire, del agua y del suelo para absorberlos y procesarlos. La sostenibilidad ambiental implica además el mantenimiento de la diversidad biológica, la salud humana, la calidad del aire, del agua y del suelo a unos niveles que sean suficientes para preservar para siempre la vida y el bienestar de la humanidad, así como también de la flora y de la fauna» (Carta de Aalborg, 1994).

En el marco de la sostenibilidad medioambiental, la sociedad actual reclama la implicación de todos los sectores económicos en la adopción de medidas que conduzcan hacia el desarrollo sostenible y eviten el deterioro del medio ambiente (LULL, 2001). En este sentido, la contabilidad como sistema de información puede contribuir a la imagen que se formen los individuos de la actividad económica de las organizaciones y de las implicaciones medioambientales que se derivan de la misma. El análisis de la información suministrada a los usuarios constituye un paso fundamental en la elaboración del marco para la medición de la sostenibilidad. Por lo tanto, las necesidades de los usuarios han de ser, para los gerentes, un factor esencial a la hora de decidir la información a comunicar, de manera que algunas compañías exceden los requerimientos informativos obligatorios, a través de lo que se conoce como revelación voluntaria (GARCÍA y MONTE-RREY, 1993), la cual se ofrece conjuntamente con la que es de obligada inclusión. La información medioambiental obligatoria se encuentra contenida en los estados financieros y en el informe de gestión, mientras que la información voluntaria se divulga a través de los informes de sostenibilidad elaborados por las empresas bajo el prisma de la responsabilidad social empresarial (RSE).

La información contenida en los estados financieros está regulada de forma estricta en las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) en consonancia con los criterios establecidos por el International Accounting Standards Board (IASB), por el contrario para el informe de gestión se carece de unas normas estandarizadas que sirvan de guía y faciliten su elaboración. En cuanto a la información no financiera de carácter ambiental se encuentra regulada en la Ley

de Economía Sostenible aunque la norma no es obligatoria y en caso de incumplimiento carece de consecuencias jurídicas.

La Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos introduce importantes modificaciones en lo referente a la información publicada sobre cuestiones medioambientales tal como queda patente en los considerandos. En el considerando n.º 4 se percibe la voluntad de armonización de la norma al referirse a la necesidad de coordinación de las disposiciones nacionales aplicables a la divulgación de información no financiera de las grandes empresas ya que es importante para los accionistas y los demás grupos de interés, dado que la mayoría de estas empresas opera en varios Estados miembros. Así mismo, en el considerando n.º 8 se plantea la necesidad de establecer determinados requisitos legales mínimos acerca del alcance de la información no financiera que determinadas empresas deben divulgar con el fin de mejorar la coherencia y la comparabilidad de la información, de forma que las grandes empresas deben preparar un estado no financiero que contenga información relativa, entre otras, a cuestiones medioambientales, con carácter obligatorio, a partir de 2017.

Con base en lo anterior, el objetivo de nuestro trabajo es conocer la cantidad de información divulgada por las empresas sobre las cuestiones medioambientales, tomando como referencia los requisitos establecidos en la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y utilizando como fuente de datos la información sobre sostenibilidad, obtenida de las páginas web de las sociedades cotizadas pertenecientes al índice IBEX 35 de la Bolsa de Madrid. El ámbito temporal se centra en el año 2013, último ejercicio del que se dispone de información pública en la fecha de realización del trabajo. Se hace referencia exclusivamente a estados financieros consolidados e informe de gestión consolidado, dado que el informe de sostenibilidad se elabora a nivel global conteniendo, en consecuencia, información del perfil de las organizaciones en su conjunto. Para la consecución del objetivo establecido, primero se va a proceder a estudiar el contexto de la normativa de carácter ambiental referida a la información, tanto obligatoria como voluntaria, para después construir un índice de divulgación de información de las cuestiones medioambientales que permita contrastar el grado de adaptación de la información sobre sostenibilidad medioambiental de los grupos de empresas objeto de estudio agrupadas por sectores de actividad, utilizando como instrumento de investigación el análisis temático de contenido. Por último, para la elaboración de la parte empírica se ha realizado un análisis descriptivo y un contraste ANOVA que aporta resultados en los que basar las conclusiones de la presente investigación.

En este contexto, la motivación que hace interesante la realización de esta investigación es la novedad del tema a tratar dada la reciente entrada en vigor, 5 de diciembre de 2014, de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014, así como el análisis que incide en profundidad en los aspectos relativos a la divulgación de las cuestiones medioambientales que se deberán incorporar al nuevo estado no financiero. Aunque la fecha de publicación de la nueva directiva comunitaria es muy reciente, ya se ha publicado un estudio desde un punto de vista distinto al del presente artículo y orientado hacia la divulgación de información en el informe integrado (REBOLO y SEGOVIA, 2015).

2. CONTEXTO DE LA NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL

2.1. ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS

El proceso de comunicación de la información financiera periódica, en cuanto a los requerimientos informativos obligatorios, se realiza a través de las cuentas anuales, en las que se incluyen datos que permiten a los usuarios incrementar su conocimiento acerca de la actividad desarrollada por la empresa, así como de su situación económica y financiera. En este contexto, se enmarca la normativa medioambiental actual en España, que tiene como precedentes la adaptación sectorial del Plan General de Contabilidad de 1998 a las empresas del sector eléctrico, la Recomendación sobre Información Medioambiental de 30 de mayo de 2001 de la Unión Europea y la Resolución de 25 de marzo de 2002 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), por la que se aprueban normas para el reconocimiento, valoración e información de las provisiones y contingencias medioambientales. La estrategia de armonización y comparabilidad de la normativa contable de los países de la Unión Europea ha obligado a las empresas europeas cotizadas a preparar sus cuentas anuales consolidadas a partir del 1 de enero de 2005, según las NIIF. La normativa contable internacional no contiene la definición de medio ambiente ni se ha emitido ninguna norma específica relativa a la contabilidad ambiental. Para FERNÁNDEZ CUESTA (2006, pág. 4) el medio ambiente se define «desde un punto de vista económico y contable, como entorno vital, es decir, como un conjunto de factores físico-naturales, estéticos, culturales, sociales y económicos que interactúan con el individuo y la comunidad en que vive, implicándoles directa e íntimamente». Por otro lado, la normativa contable internacional hace referencia a cuestiones medioambientales en las normas internacionales NIC 1, NIC 16, NIC 20, NIC 36 y NIC 37 y en las interpretaciones CINIIF 1 y CINIIF 5.

La información pública obligatoria suministrada a través de los estados financieros consolidados se presenta en España, siguiendo el modelo establecido para su presentación en el Registro Mercantil, según Orden JUS/1968/2011 y según los requerimientos establecidos en las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas en el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, que se encuentra en sintonía con lo establecido en la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. Siguiendo el modelo normalizado para la Memoria Consolidada, en el apartado 22 relativo al medio ambiente, se deberá facilitar información sobre:

- a) Descripción y características de los sistemas, equipos e instalaciones más significativos incorporados al inmovilizado material, cuyo fin sea la minimización del impacto medioambiental y la protección y mejora del medio ambiente.
- b) Gastos de carácter medioambiental.
- c) Provisiones ambientales.
- d) Contingencias de carácter ambiental.

- e) Inversiones realizadas por razones medioambientales.
- f) Compensaciones a recibir de terceros.

El estado no financiero contemplado en la Directiva Europea 2014/95/UE deberá incluir referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en los estados financieros consolidados. Los Estados miembros, según el artículo 33, apartado 1 de la Directiva 2013/34/UE, sustituido por la Directiva 2014/95/UE, se asegurarán de que los miembros de los órganos de administración, dirección y supervisión de una empresa, actuando dentro de los límites de las competencias que les confiera el derecho nacional, sean colectivamente responsables de garantizar que el estado no financiero consolidado se redacte y publique, de acuerdo con las normas internacionales de contabilidad adoptadas de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002.

2.2. INFORME DE GESTIÓN CONSOLIDADO

El contenido del informe de gestión consolidado ha sido regulado a partir de la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, debiendo contener, según el artículo 36, al menos una exposición fiel de la evolución de los negocios y de la situación del grupo de las empresas comprendidas en la consolidación. La Directiva 2003/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2003, modifica el artículo 36 de la Séptima Directiva estableciendo que en el análisis de la evolución de los resultados y de la situación de las empresas comprendidas en la consolidación que contendrá el informe de gestión consolidado se incluirán tanto indicadores clave de resultados financieros como, cuando proceda, no financieros, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial, incluyendo información sobre cuestiones relativas al medio ambiente, y añadiendo que, al proporcionar este análisis, el informe consolidado de gestión proporcionará, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas consolidadas. La Directiva 2013/34/UE añade, en el artículo 26, que la información del informe de gestión consolidado no se limitará a los aspectos financieros de las operaciones de la empresa, debiendo analizarse los aspectos medioambientales de su actividad que resulten necesarios para comprender su evolución, resultados y situación.

La regulación vigente en España sobre el contenido del informe de gestión consolidado se encuentra en perfecta sintonía con lo establecido en el marco normativo comunitario. El informe de gestión consolidado es obligatorio, y está regulado en el artículo 49 del Código de Comercio, según redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional, con base en la normativa de la Unión Europea. La información suministrada a través de los estados financieros consolidados sigue para su presentación en España, el modelo establecido en el Registro Mercantil, según Orden JUS/1968/2011, donde se informa de que el informe de gestión es un documento de formato libre y de carácter obligatorio para el caso de presentar cuentas consolidadas. Con base en lo anterior y para poner a disposición de las sociedades cotizadas unas recomendaciones que faciliten la preparación del informe de gestión, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ha elab-

borado una guía, publicada en 2013, con recomendaciones sobre la información a incluir en el informe de gestión, encontrándose, entre otras, las concernientes a cuestiones relativas al medio ambiente sugiriendo, a su vez, una serie de indicadores de carácter ambiental.

La Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera, publicada el 15 de noviembre de 2014, deroga la Séptima Directiva e introduce importantes modificaciones respecto a la divulgación de información medioambiental de las empresas contenida en la Directiva 2013/34/UE, imponiendo la obligación de presentar información no financiera a las entidades de interés público, entre las que se encuentran las sociedades cotizadas, que sean empresas matrices de un gran grupo que, en sus fechas de cierre del balance, superen el criterio de un número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio, que deberán incluir en el informe de gestión consolidado un estado no financiero consolidado que contenga información, en la medida en que resulte necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad, relativa, entre otras, a cuestiones medioambientales y que incluya según el artículo 29 bis de la Directiva 2013/34/UE, introducido por la Directiva 2014/95/UE:

- a) Una breve descripción del modelo de negocio del grupo.
- b) Una descripción de las políticas que aplica el grupo en relación con dichas cuestiones, que incluya los procedimientos de diligencia debida aplicados.
- c) Los resultados de esas políticas.
- d) Los principales riesgos relacionados con esas cuestiones vinculados a las actividades del grupo, sus relaciones comerciales, productos o servicios que puedan tener efectos negativos en esos ámbitos, y cómo el grupo gestiona dichos riesgos.
- e) Indicadores clave de resultados no financieros, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta.

En el caso de que la empresa no aplique ninguna política en relación con una o varias de esas cuestiones, el estado no financiero ofrecerá una explicación clara y motivada al respecto. El estado no financiero consolidado incluirá, en su caso, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en los estados financieros anuales.

La empresa matriz también podrá presentar la información anterior en informe separado siempre que se publique conjuntamente con el informe de gestión consolidado o en caso contrario dentro de un plazo no superior a seis meses desde la fecha de cierre del balance. El auditor legal o la sociedad de auditoría comprobarán si se ha facilitado el estado no financiero consolidado. Los Estados miembros podrán exigir que la información contenida en el estado no financiero consolidado o en el informe separado sea verificada por un prestador independiente de servicios de verificación.

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2014/95/UE a más tardar el 6 de diciembre de 2016, aplicándose al ejercicio que comienza el 1 de enero de 2017 o durante el año civil de 2017.

2.3. INFORME DE RESPONSABILIDAD CORPORATIVA

La NIC n.º 1, «Presentación de Estados Financieros», contempla en el apartado 14 la revelación voluntaria de información ambiental, señalando que muchas entidades también presentan, adicionalmente a sus estados financieros, informes tales como informes medioambientales, particularmente en sectores industriales en los que los factores del medio ambiente resultan significativos. Estos informes, presentados adicionalmente a los estados financieros, se añade en la norma, quedan fuera del alcance de las NIIF. En este contexto, si se tiene en cuenta la responsabilidad social de la empresa, es lógico que se facilite cualquier información que pueda afectar de inmediato, o en el futuro, a los usuarios de la misma, quedando la divulgación de información no financiera de carácter ambiental en la web corporativa de las sociedades cotizadas, en el ámbito de la RSE.

La Comisión Europea define la responsabilidad social de las empresas como «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores (*stakeholder*)» (Comisión Europea, 2002). La Comisión Europea ha impulsado el desarrollo de políticas públicas para promover la RSE a nivel mundial con el fin de optimizar la contribución de las empresas al logro de los objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU (Comisión Europea, 2006), entre los que se encuentra el objetivo 7, «Garantizar la Sostenibilidad del Medio Ambiente» (Naciones Unidas, 2005), comprometiéndose a promover el conocimiento y la aplicación de instrumentos de referencia e iniciativas internacionales para una conducta empresarial responsable. Posteriormente, la Comisión siguiendo una interpretación moderna de la responsabilidad social de las empresas presenta una nueva definición de la RSE como «la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad» (Comisión Europea, 2011).

En consonancia con lo anterior, en el considerando n.º 7 de la Directiva 2014/95/UE se detalla la clase de información que debe incluir el estado no financiero en lo que atañe a cuestiones medioambientales como información detallada sobre los efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente, y, en su caso, la salud y la seguridad, el uso de energía renovable y/o no renovable, las emisiones de gases de efecto invernadero, el consumo de agua y la contaminación atmosférica. Para facilitar la divulgación de la información ambiental, según el considerando n.º 9 de la Directiva 2014/95/UE, los Estados miembros dispondrán que las empresas puedan basarse en marcos normativos nacionales, en marcos de la Unión como el Sistema de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS) o en marcos internacionales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, las líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para empresas multinacionales, la norma ISO 26000 de la Organización Internacional de Normalización o la Iniciativa Mundial de Presentación de Informes (GRI).

El modelo normativo vigente en España es voluntario, tiene su base normativa en la Directiva de Modernización 2003/51/CE y se prima la transparencia voluntaria (Foro de Reputación Corporativa, 2010). La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, regula el informe no financiero, indicando que las sociedades anónimas podrán hacer públicos con carácter anual sus políticas y resultados en materia de RSE a través de un informe específico basado en un conjunto

de objetivos, características, indicadores y estándares internacionales que deberán atender especialmente a los objetivos de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el medio ambiente. En dicho informe específico deberá constar si ha sido verificado o no por terceras partes. En el caso de sociedades anónimas de más de 1.000 asalariados, este informe anual de RSE será objeto de comunicación al Consejo Estatal de Responsabilidad Social Empresarial (CERSE) que permita efectuar un adecuado seguimiento sobre el grado de implantación de las políticas de RSE en las grandes empresas españolas. Recientemente, el 24 de octubre de 2014 ha sido aprobada por Consejo de Ministros la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas para el periodo 2014-2020, que entre sus líneas de actuación, prevé la creación de un espacio web accesible especializado en RSE para facilitar la divulgación de prácticas responsables de las empresas, que, así mismo, alojará un repositorio de libre acceso a los informes de responsabilidad corporativa.

3. PLANTEAMIENTO DE OBJETIVOS

El propósito de la presente investigación consiste en examinar el grado de divulgación de las cuestiones medioambientales en la información publicada en el informe de responsabilidad corporativa disponible en las páginas web de las sociedades cotizadas en el índice IBEX 35 de la Bolsa de Madrid en el año 2013, con el fin de contrastar si la información analizada se encuentra en sintonía con la inclusión de información sobre las actuaciones empresariales con incidencia sobre el medio ambiente requerida por la Directiva 2014/95/UE y, a su vez, conocer si la pertenencia a un sector de actividad determinado tiene incidencia en la cantidad de información medioambiental divulgada.

El trabajo preliminar realizado, que ha sustentado el objetivo planteado, se ha basado en el análisis de la legislación aplicable a nuestro caso de estudio, así como de una exhaustiva revisión bibliográfica de las investigaciones realizadas por la comunidad científica, tanto en el ámbito internacional como en el nacional. Desde el punto de vista teórico, la literatura previa para interpretar la relación entre determinadas características de las empresas y la información medioambiental divulgada se ha basado en los postulados de diversas teorías, tales como la teoría de los *stakeholders* (MONEVA y LLENA, 1996) o la teoría de la legitimidad (DEEGAN y GORDON, 1996; GADENNE y LADEWIG, 2007; HUSILLOS, 2007), sustentadas la primera en el compromiso de las grandes corporaciones con el entorno y la creciente necesidad de cubrir las demandas de información requeridas por los grupos de interés sobre las actuaciones empresariales con incidencia en el medio ambiente y la segunda en la necesidad de las empresas de legitimar ante la sociedad la responsabilidad de sus actuaciones medioambientales.

Respecto de los estudios empíricos, el sector ha sido uno de los factores explicativos analizados en relación con la revelación de información medioambiental. Diversos autores han sostenido la relación entre la información medioambiental divulgada por las empresas y la pertenencia de las mismas a los sectores de actividad más estrechamente relacionados con las preocupaciones medioambientales. Según KELLY (1981) las entidades clasificadas dentro de las industrias primarias y secundarias tienden a revelar más información del medio ambiente que las empresas dedi-

cadadas a las industrias terciarias. Para DEEGAN y GORDON (1996) existe una correlación positiva entre la sensibilidad ambiental y el nivel de divulgación ambiental de las empresas. La pertenencia de las empresas a sectores con mayor impacto sobre el medio ambiente, tales como el eléctrico, textil-papel o químico, favorece que presenten mayor contenido de información medioambiental (MONEVA y LLENA, 1996). Las empresas pertenecientes a sectores con procesos de fabricación que tienen una influencia negativa en el medio ambiente como petróleo, minería e industrias químicas tienden a divulgar más información relacionada con las cuestiones medioambientales (CLARKE y GIBSON-SWEET, 1999). Según el estudio de ARCHEL y LIZARRAGA (2001) favorece la divulgación de información medioambiental que las empresas estén encuadradas en el sector químico, de la energía o del petróleo. Para ARCHEL (2003) las grandes empresas pertenecientes a los sectores de la energía y del petróleo son las que divulgan mayor volumen de información. La cantidad de información ambiental divulgada está directamente asociada al impacto ambiental de la industria a la que está ligada la compañía (GARCÍA-AYUSO y LARRINAGA, 2003). Además, la pertenencia a un sector ecológicamente sensible está asociada de forma significativa con el grado de divulgación de la información sobre medio ambiente (DA SILVA y AIBAR, 2011).

Así mismo, dentro de nuestros objetivos se encuentra la creación de un índice que sirva para medir el grado de divulgación de la información medioambiental contenida en la información revelada, bajo el prisma de la RSE, por los grupos de empresas cotizadas incluidas en el índice IBEX 35 de la Bolsa de Madrid, para posteriormente realizar un análisis estadístico del mismo, teniendo en cuenta que el sector es un factor influyente en la revelación de información sobre sostenibilidad. En función de los estudios previos, se espera que las compañías pertenecientes a sectores de actividad ecológicamente más sensibles tengan un mayor valor en el índice. Dado que los grupos de empresas objeto del estudio componen el índice IBEX 35, hemos distinguido los sectores que lo integran: petróleo y energía; materiales básicos, industria y construcción; bienes de consumo; servicios de consumo; servicios financieros e inmobiliarios y tecnología y telecomunicaciones.

4. METODOLOGÍA

En este estudio para revisar el contenido de la información se ha empleado la metodología del análisis temático de contenido, tipo de análisis más utilizado para este tipo de estudios (TEJEDO, 2013), siendo como se señala por BERELSON (1952) una técnica de investigación para la descripción objetiva, sistemática y cuantitativa del contenido de la comunicación. La organización del análisis se ha basado en las tres fases propuestas por BARDIN (2002): pre-análisis, explotación del material y tratamiento e interpretación de los resultados obtenidos.

La primera fase tiene por objeto: la elección de los documentos y la elaboración de los indicadores en los que se sustentará la interpretación final (BARDIN, 2002). Se ha seleccionado la información divulgada por los grupos de sociedades en sus páginas web, en la pestaña denominada «Accionistas e Inversores», a través de la cual se accede a la información sobre sostenibilidad. Para medir el grado de divulgación de la información ambiental en los informes de sostenibilidad o informes de responsabilidad corporativa publicados en las páginas web de las sociedades ob-

jeto de estudio, se ha procedido a elaborar un índice de contenido de cantidad de la información medioambiental (ICM), herramienta básica para determinar la transparencia informativa (BONSÓN y ESCOBAR, 2004), constituye el método más utilizado en la literatura económica para medir la divulgación de información (GARCÍA-MECA y MARTÍNEZ, 2004), es un método contrastado para la agregación de datos (RODRÍGUEZ, FUENTES y SÁNCHEZ, 2013) que permite transformar la información cualitativa en cuantitativa. Para el diseño del ICM se ha decidido utilizar un índice no ponderado para evitar la arbitrariedad inherente al proceso de asignar distintos pesos a las variables (BONSÓN y ESCOBAR, 2004). La selección de los ítems se ha realizado tomando como referencia el considerando n.º 9 de la Directiva 2014/95/UE y el artículo 29 bis de la Directiva 2013/34/UE.

Tabla 1. Desglose de los ítems del ICM

A	Contiene una breve descripción del modelo de negocio del grupo.
B	Incluye una descripción de las políticas aplicadas por el grupo en relación con las cuestiones medioambientales y/o en caso de no incluirse se ofrece una explicación motivada.
C	Describe los procedimientos de diligencia debida aplicados respecto de las cuestiones ambientales.
D	Informa sobre los resultados de las políticas medioambientales.
E	Detalla los principales riesgos relacionados con las cuestiones medioambientales.
F	Incluye indicadores clave de resultados ambientales basados en la Guía para la Elaboración de Informes de Sostenibilidad GRI (<i>Global Reporting Initiative</i>).
G	La entidad se encuentra adherida a los Principios del Pacto Mundial.
H	Las prácticas medioambientales de la compañía están alineadas con las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE.
I	El sistema de gestión y auditoría ambiental EMAS forma parte del Modelo de Gestión Ambiental de la compañía.
J	El Sistema de Gestión Ambiental de la entidad se ha basado en las normas UNE-EN ISO 14001:2004.
K	La organización ha adaptado la gestión de RSE a los requisitos de la Norma ISO 26000 de la Organización Internacional de Normalización.
L	La compañía ha implantado el estándar AA1000 de AccountAbility.
M	Se ha realizado una revisión de la información no financiera contenida en el informe de sostenibilidad de la compañía de acuerdo con la norma ISAE 3000, emitida por International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB).

.../...

.../...	
N	Contiene referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en los estados financieros consolidados.
Fuente: elaboración propia.	

Los estándares internacionales seleccionados en los ítems comprendidos entre las letras F y L del cuadro anterior gozan de consenso mundial y se utilizan a nivel internacional para proporcionar información sobre sostenibilidad por las sociedades cotizadas. Las entidades que elaboran el informe de sostenibilidad con base en los principios e indicadores contenidos en las Guías de Global Reporting Initiative (GRI) se apoyan en un marco de referencia ampliamente utilizado para medir y divulgar su desempeño económico, ambiental y social (GRI, 2013). Las empresas adheridas al Pacto Mundial de las Naciones Unidas cuentan con recursos y herramientas de gestión para ayudar a divulgar prácticas de sostenibilidad corporativa (Pacto Mundial, 2015). Las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE proporcionan recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales cuyo objetivo se basa en promover la contribución positiva de las empresas al progreso medioambiental, económico y social en todo el mundo (OCDE, 2013). La implantación del sistema comunitario de gestión y auditoría EMAS, al igual que la norma de certificación ISO 14001, ayudan a las organizaciones a gestionar y mejorar, de manera continua, su labor ambiental (AENOR, 2010). Para las organizaciones la sostenibilidad en los negocios debe suponer ir más allá del mero suministro de productos y servicios que satisfagan al cliente, teniendo como premisa no poner en peligro el medio ambiente, operando, a su vez, de una manera socialmente responsable implementando la norma internacional ISO 26000 (ISO, 2010). Las compañías que implantan la norma de aseguramiento de sostenibilidad AA1000AS garantizan la credibilidad y calidad del desempeño de los informes de responsabilidad corporativa (AccountAbility, 2008). Por último, en relación con la pregunta formulada en el ítem del apartado M, se ha considerado que los procesos de verificación más confiables se hacen con arreglo a los principios y procedimientos de la auditoría no financiera contenidos en la norma de auditoría ISAE 3000 (IFAC, 2011).

La fase de explotación del material o fase de análisis incluye la elección de las unidades de análisis y la elección de reglas de recuento y elección de categorías (BARDIN, 2002). Para la elección de las unidades de análisis se determina como unidad de registro la palabra y como unidad de contexto o de comprensión para codificar la unidad de registro las secciones del texto completo inserto dentro de la categoría medioambiental. Las palabras clave que se han relacionado para cada uno de los 14 ítems a analizar de la información contenida en los informes de responsabilidad corporativa han sido: modelo o actividad, política, diligencia o *due diligence*, resultado o avance, riesgo o impacto, GRI, Pacto Mundial o *Global Compact*, OCDE, EMAS, ISO 14001; ISO 26000, AA1000, ISAE 3000 y NIFF. En cuanto a la elección de reglas de recuento se ha seguido el método propuesto por ARCHEL y LIZARRAGA (2001), con un sistema de recuento basado en una escala dicotómica con la numeración 1 si la entidad divulga el dato y con el número 0 en caso contrario. La puntuación obtenida por cada grupo de empresas se traslada al índice cuyo

numerador es la puntuación total obtenida y el denominador el número máximo de puntos asignados al cuestionario. Se multiplica por 100 para expresarlo en porcentaje.

5. RESULTADOS

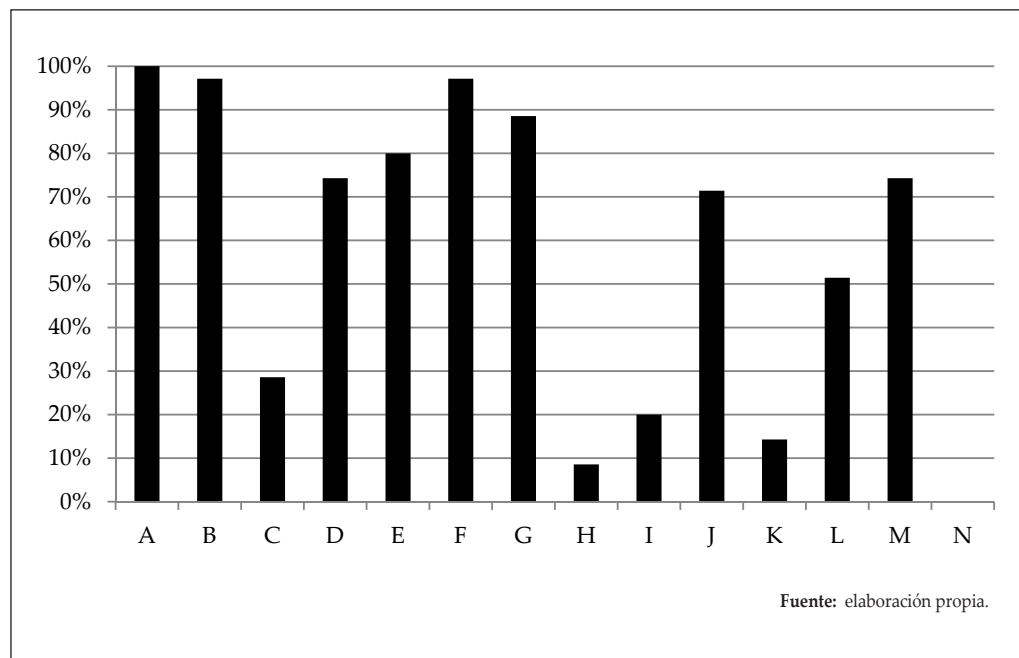
En esta sección realizaremos un análisis estadístico del índice obtenido. Comenzaremos con un análisis descriptivo del ICM para posteriormente analizar sus componentes y el comportamiento por sectores del mismo.

Tabla 2. Análisis descriptivo de la variable ICM

	ICM
Media	57,55
Mediana	57,14
Máximo	78,57
Mínimo	21,43
Desviación típica	15,39
Coefficiente de asimetría	-0,54
Coefficiente de curtosis	2,60
Contraste de normalidad Jarque-Bera	1,93
p-valor	0,38
Fuente: elaboración propia.	

La **tabla 2** muestra algunos estadísticos descriptivos de nuestro índice. Como ya hemos explicado, ICM está midiendo cuántos de los criterios mencionados en la **tabla 1** está incluyendo la empresa en su informe de responsabilidad corporativa. Como vemos, las empresas del IBEX 35 incluyen en media un 57,55% de los criterios analizados y podemos considerar que este dato es bastante significativo ya que la desviación típica no es muy grande. La mediana nos indica que el 50% de las empresas incluyen más del 57,14% de los ítems. Podemos decir también que ninguna empresa del IBEX 35 incluye en su informe el total de ítems analizados en el informe de responsabilidad corporativa, pero tampoco existe ninguna que no aporte información en este sentido. El contraste de normalidad Jarque-Bera basado en los coeficientes de asimetría y curtosis nos indica que no podemos rechazar la hipótesis nula de que la variable ICM sigue una distribución normal. Esto nos permite realizar un contraste de igualdad de medias para distinguir posibles diferencias entre sectores.

Figura 1. Porcentaje de empresas que cumplen cada ítem



Más en detalle, en cuanto a los criterios incluidos en el artículo 29 bis de la Directiva 2013/34/UE, podemos observar en la **figura 1** que el criterio N (contiene referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en los estados financieros consolidados) no lo cumple ninguna empresa, mientras todas las empresas analizadas contienen una breve descripción del modelo de negocio del grupo (ítem A). Como se puede observar en la **figura 1** más del 80% de las empresas divulgan información relativa a políticas aplicadas en relación con las cuestiones medioambientales (ítem B), riesgo ambiental (ítem E) e indicadores clave de resultados ambientales basados en la memoria GRI (ítem F). Más del 70% de las compañías analizadas deberán ajustar la información medioambiental a los requisitos establecidos en la normativa comunitaria en relación con informar sobre los procedimientos de diligencia debida (ítem C) y sobre los resultados de las políticas ambientales (ítem D). Así mismo, todas ellas, para el ejercicio 2017, deberán relacionar la información medioambiental recogida en los estados financieros consolidados con la información divulgada sobre sostenibilidad ambiental en el estado no financiero consolidado (ítem N), que deberá ser revisado por un auditor legal o sociedad de auditoría de acuerdo con la norma ISAE 3000 emitida por (IAASB) de la International Federation of Accountants (ítem M), siendo recomendable la implantación de la Norma de Aseguramiento de Sostenibilidad AA1000 de AccountAbility (ítem L) para el 50% de las empresas que aún no lo hayan incorporado a sus procesos y procedimientos.

En relación con la inclusión de los estándares de la Unión Europea o internacionales recomendados en el considerando n.º 9 de la Directiva 2014/95/UE para facilitar la información

medioambiental, más del 80% de los grupos de empresas analizados se encuentran adheridos a los Principios del Pacto Mundial (ítem G) y más del 70% informa de que el Sistema de Gestión Ambiental está basado en la Norma ISO 14001:2004 (ítem J). Por otro lado, los ítems relativos a Líneas Directrices de la OCDE (ítem H), sistema de auditoría ambiental EMAS (ítem I) y Norma ISO 26000 (ítem K) son mencionados por menos del 20% de las empresas, por lo que sería recomendable incluir este tipo de información, ya que según se recoge en el considerando n.º 8 de la Directiva 2014/95/UE, para la elaboración del estado no financiero se debe facilitar información adecuada sobre aquellos aspectos respecto de los que se materialicen los principales riesgos de efectos graves, junto con los aspectos respecto de los que dichos riesgos ya se han materializado. Separando por sectores, observamos grandes diferencias en la media del ICM en cada sector.

Tabla 3. Media y desviación típica de ICM por sectores

Sector	Promedio de ICM	Desviación típica de ICM	Coefficiente de variación
Bienes de consumo	39,29	18,90	0,48
Materiales básicos, industria y construcción	62,70	7,81	0,12
Petróleo y energía	75,71	6,39	0,08
Servicios de consumo	50,00	11,66	0,23
Servicios financieros e inmobiliarios	57,14	10,71	0,19
Tecnología y telecomunicaciones	50,00	21,03	0,42
Total general	57,55	15,39	

Fuente: elaboración propia.

Observamos que el valor medio del índice es especialmente bajo para el sector de «Bienes de consumo». Además el coeficiente de variación nos muestra que es el sector que presenta una mayor dispersión, con lo que podemos decir que incluye empresas que presentan una información medioambiental verdaderamente escasa. En el lado opuesto se encuentra el sector «Petróleo y energía» con el promedio más alto y con poca dispersión entre los datos. De hecho, el coeficiente de variación nos muestra que este sector presenta la menor dispersión. Esto nos indica que todas las empresas energéticas, como era de esperar, están bastante concienciadas con presentar una información medioambiental lo más completa posible, cumpliendo con las recomendaciones plasmadas en los estándares internacionales. El sector «Tecnología y telecomunicaciones» al igual que «Bienes de consumo» presenta una alta dispersión, incluyendo empresas con valores altos para el índice y empresas con valores muy bajos. En este sector, sin embargo, la media es significativamente más alta, pero esto se debe a que en el primero hay más empresas que presentan escasa información.

Para corroborar que verdaderamente existen diferencias significativas entre la información que ofrecen los distintos sectores, procederemos a realizar un contraste de igualdad de medias. Aplicaremos un test ANOVA, que contrastará la hipótesis nula de que las medias de los distintos sectores son iguales, frente a la alternativa que nos indicará que existen diferencias significativas entre las medias sectoriales.

Figura 2. Contraste de igualdad de medias (ANOVA)

Test for Equality of Means of ICM				
Categorized by values of SECTOR2				
Date: 06/29/15 Time: 15:01				
Sample: 1 35				
Included observations: 35				
Method	df	Value	Probability	
Anova F-test	(5, 29)	4.878459	0.0023	
Welch F-test*	(5, 9.97921)	5.538515	0.0107	
*Test allows for unequal cell variances				
Analysis of Variance				
Source of Variation	df	Sum of Sq.	Mean Sq.	
Between	5	3680.110	736.0220	
Within	29	4375.283	150.8718	
Total	34	8055.394	236.9233	
Category Statistics				
SECTOR2	Count	Mean	Std. Dev.	Std. Err. of Mean
Bienes de ...	4	39.28571	18.89822	9.449112
Materiales ...	9	62.69841	7.806474	2.602158
petróleo y e...	5	75.71429	6.388766	2.857143
servicios d...	4	50.00000	11.66424	5.832118
servicios fi...	9	57.14286	10.71429	3.571429
tecnología ...	4	50.00000	21.02800	10.51400
All	35	57.55102	15.39231	2.601776

Fuente: elaboración propia.

La **figura 2** muestra de nuevo las medias, desviaciones típicas y errores estándar de los distintos sectores, la tabla ANOVA y los resultados del contraste de igualdad de medias. En la parte superior podemos observar los resultados del contraste ANOVA, para el que encontramos un estadístico de contraste de 4,88 y un p-valor de 0,0023. De este modo, con un nivel de significación 0,05 podemos rechazar la hipótesis nula de que no hay diferencias significativas entre las medias sectoriales, lo que confirma la hipótesis que planteábamos. Podemos afirmar, por consiguiente, que las diferencias que hemos observado en la cantidad de la información medioambiental que publican las empresas de los diferentes sectores son significativas.

6. CONCLUSIONES

Con los resultados obtenidos del análisis de los informes de responsabilidad corporativa y habiéndose utilizado una metodología contrastada en estudios anteriores, se puede concluir que la información medioambiental a incluir en el estado no financiero obligará, a partir del ejercicio 2017, a las entidades objeto de estudio, a alinear la información divulgada en el informe de sostenibilidad, con los requerimientos establecidos en la Directiva 2013/34/UE modificada por la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. A su vez, los resultados del presente estudio nos permiten constatar que las empresas pertenecientes a sectores de actividad ecológicamente sensibles ofrecen una mayor información medida a través del ICM. Este es el caso del sector del petróleo y energía y del sector de materiales básicos, industria y construcción, por lo que para las entidades pertenecientes a estos últimos sectores presentará menos dificultades la reorganización de los procesos establecidos para informar sobre los resultados de las políticas medioambientales y de los procedimientos de diligencia debida.

Se aprecia en el índice ICM el esfuerzo realizado por las sociedades cotizadas en lo referente a la incorporación de información basada en estándares internacionales y buena muestra de ello es el alto nivel de aplicación de las guías GRI y el alto grado de adhesión a los principios del Pacto Mundial. Además es destacable también la incorporación de otros estándares internacionales de transparencia en la gestión medioambiental elaborando el informe de responsabilidad corporativa bajo los requerimientos de AccountAbility (AA1000), acogiéndose a las directrices de la OCDE y de las normas ISO 26000 e ISO 14001 u obteniendo reconocimientos de la Unión Europea como el certificado EMAS. La entrada en vigor de la nueva normativa comunitaria va a propiciar la confluencia de la información sobre sostenibilidad ambiental, obligando a las compañías cotizadas a interrelacionar la información que hasta ahora se divulgaba por dos vías diferentes: una de carácter obligatorio a través de los estados financieros y otra de carácter voluntario a través del informe de responsabilidad corporativa.

Los resultados del presente trabajo nos permiten conocer el grado de adelanto en la divulgación de información medioambiental respecto de una norma comunitaria que se deberá transponer por los Estados miembros a más tardar el 6 de diciembre de 2016, siendo interesante para investigaciones futuras estudiar la evolución de dicha información cuando España, como Estado miembro, ponga en vigor las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en

la Directiva 2014/95/UE. Así mismo, también consideramos interesante, a partir de la entrada en vigor de la norma, analizar mediante la metodología de análisis temático de contenido los informes de responsabilidad corporativa de los grupos de empresas cotizadas en el IBEX 35, con el fin de contrastar si la información medioambiental divulgada se adapta a los requisitos establecidos para el Estado no Financiero Consolidado, así como contrastar si la pertenencia a un determinado sector de actividad sigue condicionando la cantidad de información medioambiental divulgada. Por último, sería de interés comparar los resultados del presente estudio con los obtenidos de estudios similares que previsiblemente se realizarán en otros Estados miembros de la Unión Europea.

Bibliografía

- ACCOUNTABILITY [2008]: *AA1000 AccountAbility Principles Standard 2008*, disponible en <http://www.accountability.org/standards/aa1000aps.html> (consulta realizada el 27 de enero de 2015).
- ARCHEL, P. [2003]: «La divulgación de la información social y medioambiental de la gran empresa española en el periodo 1994-1998: situación actual y perspectivas», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, XXXII (117), págs. 571-601.
- ARCHEL, P. y LIZARRAGA, F. [2001]: «Algunos determinantes de la información medioambiental divulgada por las empresas españolas cotizadas», *Revista de Contabilidad*, 4(7), págs. 139-153.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN (AENOR) [2010]: *Verificación del esquema europeo de ecogestión y ecoauditoría EMAS*, disponible en http://www.aenor.es/aenor/certificacion/mambiente/mab_emas.asp#.VbqTV_ntlBc (consulta realizada el 15 de mayo de 2015).
- BARDIN, L. [2002]: *El análisis de contenido*, Madrid, Akal Universitaria, págs. 71-89.
- BERELSON, B. [1952]: «Content analysis in communication research», Nueva York, US: Free Press, 220 págs., disponible en <http://psycnet.apa.org/psycinfo/1953-07730-000> (consulta realizada el 6 de junio de 2015).
- BOLSA DE MADRID [2015]: *Mercados y cotizaciones. Acciones*, disponible en <http://www.bolsamadrid.es/esp/asp/Mercados/Precios.asp?indice=ESI100000000> (consulta realizada el 1 de abril de 2015).
- BOLSAS Y MERCADOS ESPAÑOLES (BME) [2014]: *Informe Anual del Mercado Continuo. Sociedad de Bolsas Informe Anual de 2014*, disponible en <http://www.bolsamadrid.es/docs/SBolsas/InformesSB/anual.pdf> (consulta realizada el 10 de marzo de 2015).
- BONSÓN, E. y ESCOBAR, T. [2004]: «La difusión voluntaria de información financiera en Internet. Un análisis comparativo entre Estados Unidos, Europa del Este y la Unión Europea», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, (octubre/diciembre), págs. 1.061-1.101.
- CLARKE, J. y GIBSON-SWEET, M. [1999]: «The Use of Corporate Social Disclosures in the Management of Reputation and Legitimacy: A Cross Sectoral Analysis of UK Top 100 Companies», *Business Ethics: European Review* (Chichester, England), 8(1), págs. 5-13.
- CÓDIGO DE COMERCIO [1885]: Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio publicado en *Gaceta*, núm. 289 de 16 de octubre de 1885.
- COMISIÓN EUROPEA [2002]: *Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de la empresa: una contribución empresarial al desarrollo sostenible*. COM (2002) 347 final. Bruselas.

- [2006]: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo*, de 22 de marzo de 2006, «Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas». COM (2006) final.
- [2011]: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*. Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. COM (2011) 681 final. Bruselas.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (CNMV) [2013]: *Guía para la elaboración del informe de gestión de entidades cotizadas*, disponible en <http://www.cnmv.es> (consulta realizada el 10 de marzo de 2015).

CONFERENCIA EUROPEA SOBRE LAS CIUDADES SOSTENIBLES [1994]: *Carta de las Ciudades Europeas hacia la sostenibilidad. La Carta de Aalborg*. Aalborg, Dinamarca. Disponible en <http://www.agenda21local.net> (consulta realizada el 1 de febrero de 2015).

CUÉLLAR FERNÁNDEZ, B. y MONEVA ABADÍA, J. M. [2001]: «Información medioambiental y mercado de capitales», *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, 57, págs. 35-39.

DA SILVA MONTEIRO, S. M. y AIBAR GUZMÁN, B. [2011]: «Factores determinantes del grado de información medioambiental divulgada en las grandes empresas que operan en Portugal: un análisis univariante», *Revista Base (Administração e Contabilidade) da UNISINOS*, 8(1), págs. 3-19.

DEEGAN, C. y GORDON, B. [1996]: «A study of the environmental disclosures practices of Australian corporations», *Accounting and Business Research*, 26(3), págs. 187-199.

DIRECTIVA 2003/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2003 por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE y 91/674/CEE del Consejo sobre las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedades, bancos y otras entidades financieras y empresas de seguros.

DIRECTIVA 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.

DIRECTIVA 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

FERNÁNDEZ CUESTA, C. [2006]: «La responsabilidad social y el medio ambiente: Nuevos rumbos para la contabilidad», *Contabilidad y auditoría*, (24), pág. 15.

FORO DE REPUTACIÓN CORPORATIVA [2010]: *Guía de Normativa 2010: Informes de Sostenibilidad en la Unión Europea. Foro de Reputación Corporativa*, disponible en <http://rscat.gencat.cat> (consulta realizada el 18 de febrero de 2015).

GADENNE, D. y LADEWIG, J. [2007]: «The influence of Australian Environmental Protection Authority prosecutions on corporate environmental disclosures», *Journal of Environmental Assessment Policy and Management*, 9(03), págs. 299-318.

GARCÍA-AYUSO, M. y LARRINAGA, C. [2003]: «Environmental disclosure in Spain: corporate characteristics and media exposure», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n.º 115, número especial, págs. 184-21.

GARCÍA BENAÚ, M. A. y MONTERREY, J. [1993]: «La Revelación voluntaria en las Compañías Españolas cotizadas en Bolsa», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. 22, n.º 74, enero-marzo, págs. 53-70.

GARCÍA-MECA, E. y MARTÍNEZ, I. [2004]: «Los índices de revelación de información en la literatura contable», *Partida Doble*, 157 (julio/agosto), págs. 66-78.

GLOBAL REPORTING INITIATIVE (GRI) [2013]: *G4 Guía para la elaboración de Memorias de Sostenibilidad*, disponible en <https://www.globalreporting.org> (consulta realizada el 6 de junio de 2015).

HUSILLOS CARQUÉS, F. J. [2007]: «Una aproximación desde la teoría de la legitimidad a la información medioambiental revelada por las empresas españolas cotizadas», *Spanish Journal of Finance and Accounting/Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 36(133), págs. 97-121.

INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS (IFAC) [2011]: *ISAE 3000 (Revised), Assurance Engagements Other Than Audits or Reviews of Historical Financial Information*, disponible en <http://www.ifac.org> (consulta realizada el 18 de junio de 2015).

INTERPRETACIÓN CINIIF 1 [2004]: Cambios en pasivos existentes por desmantelamiento, restauración y similares, Reglamento (CE) n.º 2237/2004 de la Comisión, que modifica el Reglamento (CE) n.º 1725/2003 por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002, en lo que se refiere a la NIC 32 y a la Interpretación CINIIF 1.

INTERPRETACIÓN CINIIF 5 [2004]: Derechos por la participación en fondos para la jubilación de servicio, la restauración y la rehabilitación medioambiental, Reglamento (CE) 2236/2004. DOCE de 29 de diciembre de 2004.

KELLY, G. J. [1981]: «Australian social responsibility disclosure: some insights into contemporary measurement», *Accounting and Finance*, vol. 21, n.º 2. págs. 97-104.

LEY 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. Publicado en BOE núm. 160, de 5 de julio de 2007.

LEY 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Publicado en BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

LLULL GILET, A. [2001]: *Contabilidad Medioambiental y Desarrollo Sostenible en el sector turístico*. Tesis Doctoral. ISBN-84-7632-877-X DL, disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/9419/talgl-del1.pdf.txt?sequence=2> (consulta realizada el día 15 de julio de 2015).

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL [2015]: *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas para el periodo 2014-2020*. Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado.

MONEVA, J. M. y LLENA, F. [1996]: «Análisis de la información sobre responsabilidad social en las empresas industriales que cotizan en Bolsa». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, XXV (87), págs. 361-401.

NACIONES UNIDAS [1987]: *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Desarrollo y Cooperación Económica Internacional: Medio Ambiente, disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427> (consulta realizada el 17 de marzo de 2015).

– [2005]: *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2005*, disponible en <http://www.un.org/es/millenniumgoals/reports.shtml> (consulta el 20 de mayo de 2015).

NORMA INTERNACIONAL DE CONTABILIDAD n.º 1 (NIC 1) [2004]: «Presentación de estados financieros». Reglamento (CE) 2238/2004. DOCE de 12 de diciembre de 2004.

NORMA INTERNACIONAL DE CONTABILIDAD n.º 16 (NIC 16) [2004]: «Inmovilizado material». Reglamento (CE) 2238/2004. DOCE de 12 de diciembre de 2004.

NORMA INTERNACIONAL DE CONTABILIDAD n.º 20 (NIC 20) [2003]: «Contabilidad de las subvenciones oficiales e información a revelar en la memoria». Reglamento (CE) 1725/2003. DOCE de 29 de septiembre de 2003.

NORMA INTERNACIONAL DE CONTABILIDAD n.º 36 (NIC 36) [2004]: «Deterioro del valor de los activos». Reglamento (CE) 2236/2004. DOCE de 29 de diciembre de 2004.

NORMA INTERNACIONAL DE CONTABILIDAD n.º 37 (NIC 37) [2003]: «Provisiones, activos contingentes y pasivos contingentes». Reglamento (CE) 1725/2003. DOCE de 29 de septiembre de 2003.

ORDEN JUS/1968/2011, de 13 de junio, por la que se aprueba el modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE ESTANDARIZACIÓN (ISO) [2010]: *ISO 26000 Visión General del Proyecto*, ISO 26000 Responsabilidad Social.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) [2013]: *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing, disponible en <http://dx.doi.org> (consulta realizada el 7 de mayo de 2015).

PACTO MUNDIAL ESPAÑA [2015]: *10 principios*, disponible en <http://www.pactomundial.org/category/aprendizaje/10-principios/> (consulta realizada el 18 de febrero de 2015).

REAL DECRETO 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

REBOLO PALACIOS, J. R. y SEGOVIA SAN JUAN, A. I. [2015]: «Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera: un paso más hacia la información integrada», *RCyT. CEF* (386), págs. 223-250.

RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 30 de mayo de 2001 relativa al reconocimiento, la medición y la publicación de las cuestiones medioambientales en las cuentas anuales y los informes anuales de las empresas (2001/453/CE). Diario Oficial L 156 de 13 de junio de 2001, págs. 33-42.

REGLAMENTO (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de julio de 2002 relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad. DOCE de 11 de septiembre de 2002.

RESOLUCIÓN de 25 de marzo de 2002, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se aprueban normas para el reconocimiento, valoración e información de los aspectos medioambientales en las cuentas anuales. BOE de 4 de abril de 2002.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, P.; FUENTES GARCÍA, F. J. y SÁNCHEZ CAÑIZARES, S. [2013]: «Revelación de información sobre clientes, comunidad, empleados y medio ambiente en las entidades financieras españolas a través de las memorias de responsabilidad social corporativa (2007-2010)», *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, 19(3), págs. 180-187.

SÉPTIMA DIRECTIVA 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas consolidadas, *DO L*, 193(18.07), 83.

TEJEDO ROMERO, F. [2013]: «Una aproximación a las metodologías empleadas en el análisis de la comunicación empresarial», *Sphera Publica*, 2(13), págs. 90-105.

ANEXO I

Clasificación sectorial

Nombre	Sector
ENAGAS	Petróleo y energía
GAS NATURAL	Petróleo y energía
IBERDROLA	Petróleo y energía
R. E. C.	Petróleo y energía
REPSOL	Petróleo y energía
ACCIONA	Materiales básicos, industria y construcción
ACS	Materiales básicos, industria y construcción
ARCELORMIT.	Materiales básicos, industria y construcción
FCC	Materiales básicos, industria y construcción
FERROVIAL	Materiales básicos, industria y construcción
GAMESA	Materiales básicos, industria y construcción
OHL	Materiales básicos, industria y construcción
SACYR	Materiales básicos, industria y construcción
TÉC. REUNIDAS	Materiales básicos, industria y construcción
GRIFOLS	Bienes de consumo
INDITEX	Bienes de consumo
EBRO FOODS	Bienes de consumo
VISCOFAN	Bienes de consumo
ABERTIS SE. A.	Servicios de consumo
DIA	Servicios de consumo
IAG	Servicios de consumo

.../...

Nombre	Sector
.../...	
MEDIASET	Servicios de consumo
BA. POPULAR	Servicios financieros e inmobiliarios
BA. SABADELL	Servicios financieros e inmobiliarios
BA. SANTANDER	Servicios financieros e inmobiliarios
BANKIA	Servicios financieros e inmobiliarios
BANKINTER	Servicios financieros e inmobiliarios
BBVA	Servicios financieros e inmobiliarios
BME.....	Servicios financieros e inmobiliarios
CAIXABANK	Servicios financieros e inmobiliarios
MAPFRE	Servicios financieros e inmobiliarios
AMADEUS	Tecnología y telecomunicaciones
INDRA	Tecnología y telecomunicaciones
JAZZTEL	Tecnología y telecomunicaciones
TELEFÓNICA	Tecnología y telecomunicaciones
Fuente: elaboración propia a partir de Bolsa de Madrid y Bolsas y Mercados Españoles.	

ANEXO II

Páginas web

Nombre	Página web
ENAGAS	http://www.enagas.es
GAS NATURAL	http://www.gasnaturalfenosa.com
IBERDROLA	http://www.iberdrola.es
R. E. C.	http://www.ree.es
REPSOL	http://www.repsol.com
ACCIONA	http://www.acciona.es
ACS	http://www.grupoacs.com
ARCELORMIT.	http://www.spain.arcelormittal.com
FCC	http://www.fcc.es
FERROVIAL	http://www.ferrovial.com
GAMESA	http://www.gamesacorp.com
OHL	http://www.ohl.es
SACYR	http://www.sacyr.com
TÉC. REUNIDAS	http://www.tecnicas_reunidas.es
GRIFOLS	http://www.grifols.es
INDITEX	http://www.inditex.com
EBRO FOODS	http://www.ebrofoods.es
VISCOFAN	http://www.viscofan.com
ABERTIS SE. A.	http://www.abertis.com
DIA	http://www.diacorporate.com
IAG	http://www.es.iagshares.com
	.../...

Nombre	Página web
.../...	
MEDIASET	http://www.servicios.telecinco.es
BA. POPULAR	http://www.grupobancopopular.com
BA. SABADELL	http://www.grupbancsabadell.com
BA. SANTANDER	http://www.santander.com
BANKIA	http://www.bankia.com
BANKINTER	http://www.bankinter.com
BBVA	http://www.bbva.com
BME	http://www.bolsasymercados.es
CAIXABANK	http://www.caixabank.com
MAPFRE	http://www.mapfregroupo.com
AMADEUS.....	http://www.investors.amadeus.com
INDRA	http://www.indracompany.com
JAZZTEL	http://www.inversores.bolsa.jazztel.com
TELEFÓNICA	http://www.telefonica.com
Fuente: elaboración propia a partir de las propias empresas.	

SEGUNDO EJERCICIO RESUELTO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE TÉCNICOS DE HACIENDA (TURNO LIBRE)

Javier Romano Aparicio

José Tovar Jiménez

Profesores del CEF y la Udima

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso por el sistema general de turno libre en el Cuerpo Técnico de Hacienda, convocado por Resolución de 3 de septiembre de 2015 (BOE de 10 de septiembre)].

Sumario

- Caso 1. Contabilidad financiera y de sociedades.** Distribución de resultado. Amortización de acciones propias. Reducción de capital social por amortización de acciones propias. Ampliación de capital social por compensación de créditos. Dividendos a cuenta.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Anticipos para inmovilizado. Capitalización de gastos financieros. Inmovilizado en curso. Devolución de préstamos. Mejoras.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Concesiones administrativas, avales, provisión por desmantelamiento, retiro y rehabilitación. Rehabilitación de un edificio. Capitalización de gastos financieros. Amortizaciones.
- Caso 4. Contabilidad financiera.** Liquidación del impuesto sobre sociedades, cuota íntegra y cuota líquida. Conciliación entre el resultado contable y fiscal.
- Caso 5. Operaciones financieras.** Mensualidades de un préstamo, cancelación y refinanciación de un préstamo.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

Contabilidad financiera y de sociedades

La sociedad anónima Febrero presenta el balance de situación siguiente, con fecha de 31 de diciembre de 20X4, en euros:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Inmovilizado intangible	4.000.000	Capital social	10.000.000
Amortización acumulada inmovilizado intangible	(3.000.000)	Reserva legal	1.000.000
Inmovilizado material	14.000.000	Reserva voluntaria	2.000.000
Amortización acumulada inmovilizado material	(6.000.000)	Acciones propias	(600.000)
Activo corriente	3.400.000	Resultado del ejercicio	(4.000.000)
		Rdo. negativo ejercicio anteriores ..	(6.000.000)
		Pasivo no corriente	4.000.000
		Pasivo corriente	6.000.000
Total	12.400.000	Total	12.400.000

Información complementaria referida al balance de situación

- El capital social está formado por acciones de 1 euro de valor nominal.
- La sociedad adquirió en su momento 1.000.000 de acciones propias, con la intención de amortizarlas próximamente.
- La sociedad tiene concedido un crédito por varias empresas, al 12% anual. El 1 de junio de cada año se abonan los intereses anuales y la parte del principal del préstamo con vencimiento a corto plazo y siempre de la misma cuantía. El 31 de diciembre de 20X4 la deuda viva del préstamo es de 6.000.000 de euros, de los que 2.000.000 de euros vencen a corto plazo.

Operaciones realizadas en el ejercicio 20X5

1. El día 1 de febrero de 20X5 se reúne la junta general de accionistas que aprueba todos los puntos del orden del día, incluido el resultado negativo del ejercicio, y

- acuerda ejecutar una serie de acciones para cumplir con la ley así como los acuerdos tomados con los acreedores del préstamo y que se ejecutarán a continuación.
2. El día 15 de febrero de 20X5 amortiza la totalidad de las acciones propias. Los gastos de la operación se elevan a 500 euros y se abonan por Bancos.
 3. El día 1 de abril de 20X5 inscribe en el Registro Mercantil la reducción de capital acordada en junta para eliminar pérdidas, consistente en la minoración del nominal de cada acción en 0,50 euros.
 4. El día 1 de junio de 20X5 la sociedad comunica a los acreedores del préstamo la imposibilidad de hacer frente en ese momento a sus obligaciones.
 5. El día 10 de junio de 20X5 abona a través de Bancos los gastos de la reducción de capital, que ascienden a 1.000 euros.
 6. El día 1 de julio de 20X5 los acreedores del préstamo perdonan el 50% de la deuda pendiente a largo plazo, por el importe que figura en balance. Se estima que el resto será cobrado.
 7. El día 1 de agosto de 20X5 la sociedad inscribe en el Registro Mercantil la ampliación de capital aportada por la junta y de acuerdo con los acreedores del préstamo, emitiendo la sociedad 8.000.000 de acciones, con nominal de 0,50 euros. La cuantía de la aportación corresponde a la totalidad de la deuda a corto y largo plazo y los intereses devengados hasta la fecha. Los accionistas quedan excluidos del ejercicio del derecho preferente. Los gastos abonados por la operación de ampliación se elevan a 2.000 euros, abonados por Bancos.
 8. El 1 de octubre de 20X5 la sociedad abona un dividendo a cuenta por Bancos de 0,01 euros por acción, una vez cumplidos los requisitos legales.
 9. El 31 de diciembre de 20X5 las acciones de la sociedad tienen un valor en el mercado de 0,70 euros por acción.

Trabajo a realizar:

Realice las anotaciones contables que proceda, siguiendo el orden de las operaciones descritas en los puntos anteriores.

(Para la realización de este supuesto no es necesario que utilice las cuentas de los grupos ocho y nueve del Plan General de Contabilidad).

(En el caso de que el opositor estime oportuno que en algún punto de los apartados anteriores no es preciso realizar ninguna anotación contable, deberá hacerlo constar).

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN

Desarrollo de la información complementaria

- Capital social: $10.000.000 \text{ acciones} \times 1 \text{ euro} = 10.000.000$
- Acciones o participaciones propias para reducción de capital $600.000/1.000.000 = 0,6 \text{ euros/acción}$
- Deudas préstamo con varias empresas:
 - Deudas a corto plazo: 2.000.000.
 - Deudas a largo plazo: 4.000.000.
 - Intereses a corto plazo de: $6.000.000 \times 12\% \times 7/12 = 420.000$.

Además, el patrimonio neto de la sociedad Febrero al 31 de diciembre de 20X4 es el siguiente:

Capital social	10.000.000
Reserva legal	1.000.000
Reservas voluntarias	2.000.000
Acciones o participaciones propias para reducción de capital	-600.000
Resultado del ejercicio	-4.000.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	-6.000.000
Patrimonio neto	2.400.000

El patrimonio neto está por debajo del 50% de la cifra de capital social por lo que de acuerdo con el artículo 363 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital (TRLSC) la sociedad estaría en causa de disolución.

«1. La sociedad de capital deberá disolverse:

- a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un periodo de inactividad superior a un año.
- b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.
- c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.

d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.

g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.

h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

2. La sociedad comanditaria por acciones deberá disolverse también por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social».

OPERACIONES DEL EJERCICIO

Punto 1

1 de febrero

Por los acuerdos tomados en la junta solo procede contabilizar el traspaso de la pérdida del ejercicio anterior a la cuenta 121, «Resultados negativos de ejercicios anteriores», ya que los acuerdos tomados respecto a otras operaciones se realizarán en fechas posteriores.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores	4.000.000	
129	Resultado del ejercicio		4.000.000

Punto 2

15 de febrero

La amortización de las acciones propias conlleva una reducción de capital social por el valor nominal de las acciones amortizadas.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social (1.000.000 × 1)	1.000.000	
109	Acciones o participaciones propias para reducción de capital		600.000
113	Reservas voluntarias		400.000

La norma de registro y valoración (NRV) 9.^a del Plan General de Contabilidad (PGC) señala:

«En el caso de que la empresa realice cualquier tipo de transacción con sus propios instrumentos de patrimonio, el importe de estos instrumentos se registrará en el patrimonio neto, como una variación de los fondos propios, y en ningún caso podrán ser reconocidos como activos financieros de la empresa ni se registrará resultado alguno en la cuenta de pérdidas y ganancias».

Por los gastos de la reducción de capital social:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		500

Los gastos derivados de estas transacciones, incluidos los gastos de emisión de estos instrumentos, tales como honorarios de letrados, notarios y registradores; impresión de memorias, boletines y títulos; tributos; publicidad; comisiones y otros gastos de colocación, se registrarán directamente contra el patrimonio neto como menores reservas.

Después de la amortización de las acciones propias está formado de la siguiente forma:

$$\text{Capital social} = 9.000.000 \text{ acciones} \times 1 \text{ euro}$$

Punto 3

1 de abril

El artículo 322 del TRLSC se refiere al presupuesto de reducción por pérdidas en los siguientes términos:

«1. En las sociedades de responsabilidad limitada no se podrá reducir el capital por pérdidas en tanto la sociedad cuente con cualquier clase de reservas.

2. En las sociedades anónimas no se podrá reducir el capital por pérdidas en tanto la sociedad cuente con cualquier clase de reservas voluntarias o cuando la reserva legal, una vez efectuada la reducción, exceda del diez por ciento del capital».

Capital social anterior (9.000.000 × 1)	9.000.000
Reducción capital social (9.000.000 × 0,5)	4.500.000
Capital social posterior (9.000.000 × 0,5)	4.500.000

Por tanto:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	2.399.500	
112	Reserva legal	550.000	
100	Capital social	4.500.000	
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores		7.449.500

El importe que se ha utilizado de la reserva legal se ha obtenido de la siguiente forma:

Saldo reserva legal	1.000.000
Capital social reducido	4.500.000
10 % capital social	450.000
Reserva legal a disponer (1.000.000 – 450.000)	550.000

Y el importe que queda de la cuenta de 121, «Resultados negativos de ejercicios anteriores» es el siguiente:

$$10.000.000 - 7.449.500 = 2.550.500$$

Punto 4

1 de junio

Los intereses del préstamo deben ser contabilizados, aunque no se vaya a realizar su pago:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (6.000.000 × 12 % × 5/12)	300.000	
528	Intereses a corto plazo de deudas. Pasivo corriente		300.000

La situación del préstamo en este momento es la siguiente:

Deuda total		6.000.000
Vencida	2.000.000	
Resto	4.000.000	
Intereses		720.000
Total		6.720.000

Al señalar el enunciado que se comunica a los acreedores la imposibilidad de pagar el préstamo, se opta por no reclasificar la próxima cuota de amortización, ya que como se desprende de los puntos siguientes se va a negociar el préstamo.

Desde el punto de vista contable, las cuentas relacionadas con el préstamo concedido por varias empresas es el siguiente:

Deudas a largo plazo. Pasivo no corriente	4.000.000
Deudas a corto plazo. Pasivo corriente	2.000.000
Intereses a corto plazo de deudas. Pasivo corriente	720.000

Punto 5

10 de junio

En relación con los gastos de la reducción de capital la NRV 9.^a «Instrumentos financieros» del PGC señala en su apartado 4:

«En el caso de que la empresa realice cualquier tipo de transacción con sus propios instrumentos de patrimonio, el importe de estos instrumentos se registrará en el patrimonio neto, como una variación de los fondos propios, y en ningún caso podrán ser reconocidos como activos financieros de la empresa ni se registrará resultado alguno en la cuenta de pérdidas y ganancias».

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	1.000	
572	Bancos e instituciones de crédito /c vista, euros		1.000

Punto 6

1 de julio

La NRV 9.^a «Instrumentos financieros» del PGC, en el apartado 3.5, «Baja de pasivos financieros», indica:

«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».

Aplicando los párrafos anteriores al caso concreto planteado:

Valor contable de la deuda a largo plazo	4.000.000	100 %
Importe de la nueva deuda	2.000.000	50 %
Diferencia	2.000.000	50 %

50% > 10% Condiciones sustancialmente diferentes

Por otro lado, la consulta 1 del BOICAC 76 (NFC031498) sobre el convenio de acreedores se refiere al registro de este tipo de operaciones en los siguientes términos:

«(a) Si las condiciones son sustancialmente diferentes: se dará de baja el pasivo financiero original y se reconocerá el nuevo pasivo por su valor razonable. La diferencia se contabilizará como un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, minorado, en su caso, en el importe de los costes de transacción atribuibles. Dicho resultado se mostrará en el margen financiero debiendo crear la empresa una partida específica con adecuada denominación si su importe es significativo. A tal efecto, se propone la siguiente denominación: "Ingresos financieros derivados de convenios de acreedores"».

El asiento para registrar la condonación del 50% de la deuda a largo plazo pendiente será:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
171	Deudas a largo plazo	2.000.000	
76-	Ingresos financieros por quita de deudas		2.000.000

Punto 7

1 de agosto

En esta fecha se produce la inscripción en el Registro Mercantil de una ampliación de capital por acuerdo con los acreedores del préstamo. Se trata de una ampliación de capital por compensación de créditos que está regulada en el artículo 301 del TRLSC:

«1. Cuando el aumento del capital de la sociedad de responsabilidad limitada se realice por compensación de créditos, estos habrán de ser totalmente líquidos y exigibles. Cuando el aumento del capital de la anónima se realice por compensación de créditos, al menos, un veinticinco por ciento de los créditos a compensar deberán ser líquidos, estar vencidos y ser exigibles, y el vencimiento de los restantes no podrá ser superior a cinco años.

2. Al tiempo de la convocatoria de la junta general se pondrá a disposición de los socios en el domicilio social un informe del órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de participaciones sociales o de acciones que hayan de crearse o emitirse y la cuantía del aumento, en el que expresamente se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social.

3. En la sociedad anónima, al tiempo de la convocatoria de la junta general se pondrá también a disposición de los accionistas en el domicilio social una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar. Si la sociedad no tuviere auditor de cuentas, la certificación de-

berá ser expedida por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores.

4. En el anuncio de convocatoria de la junta general, deberá hacerse constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el informe de los administradores y, en el caso de sociedades anónimas, la certificación del auditor de cuentas, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.

5. El informe de los administradores y, en el caso de las sociedades anónimas, la certificación del auditor se incorporará a la escritura pública que documentó la ejecución del aumento».

En primer lugar, se devengan los intereses cuya cuantía es la siguiente:

$$4.000.000 \times 12\% \times 2/12 = 80.000$$

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	80.000	
528	Intereses a corto plazo de deudas. Pasivo corriente		80.000

Después de la anotación anterior, los saldos de las cuentas del préstamo son los siguientes:

Deudas a largo plazo	2.000.000
Deudas a corto plazo	2.000.000
Intereses a corto plazo de deudas	800.000
Total deuda a compensar	4.800.000
Número de acciones emitidas	8.000.000
Valor de emisión (4.800.000/8.000.000)	0,6
Valor nominal: 0,5	
Prima de emisión: 0,1	

Por la emisión de las acciones cuyo importe será el importe total de la deuda a compensar:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	4.800.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción (8.000.000 acciones × 0,6)		4.800.000

Suscripción y entrega de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
171	Deudas a largo plazo. Pasivo no corriente	2.000.000	
521	Deudas a corto plazo. Pasivo corriente	2.000.000	
528	Intereses a corto plazo de deudas. Pasivo corriente	800.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		4.800.000

Inscripción en el Registro Mercantil:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	4.800.000	
100	Capital social (8.000.000 acciones × 0,5 nominal)		4.000.000
110	Prima de emisión o asunción (8.000.000 acciones × 0,1 nominal)		800.000

Por los gastos de la reducción de capital social:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	2.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.000

Punto 8

1 de octubre

La entrega de los dividendos a cuenta se encuentra regulada en el artículo 277 del TRLSC:

«La distribución entre los socios de cantidades a cuenta de dividendos solo podrá acordarse por la junta general o por los administradores bajo las siguientes condiciones:

a) Los administradores formularán un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución. Dicho estado se incluirá posteriormente en la memoria.

b) La cantidad a distribuir no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores y las cantidades con las que deban dotarse las reservas obligatorias por ley o por disposición estatutaria, así como la estimación del impuesto a pagar sobre dichos resultados».

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
557	Dividendo activo a cuenta. Patrimonio	170.000	
	[(9.000.000 + 8.000.000) × 0,01]		
526	Dividendo activo a pagar. Pasivo corriente		170.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	170.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		170.000

Punto 9

31 de diciembre

Por la información facilitada en este punto no procede asiento contable. Es información a utilizar por los inversores.

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

Contabilidad financiera

La sociedad anónima Náutica se dedica al transporte de pasajeros y mercancías entre dos islas. Negocia con un astillero la construcción de un nuevo barco para el desarrollo de su actividad. La información de la que se dispone referida a esa construcción es la siguiente:

1. El 1 de diciembre de 20X5 negocia con un banco el préstamo que le permita financiar íntegramente la construcción del barco. Llega a un acuerdo por el que recibirá 10 millones de euros, a devolver por partes iguales cada año, en un plazo de cinco años, al tipo de interés del 10% anual.

La empresa encargada de la construcción del barco recibirá un anticipo equivalente a la cuantía del coste de fabricación, que asciende a 10 millones de euros, como anticipo a cuenta de los certificados que se transferirán a la empresa Náutica en 18 meses, cada semestre.

2. El 31 de diciembre de 20X5 la sociedad recibe del banco el importe total del préstamo que ingresa en la cuenta corriente de la empresa constructora.
3. El 30 de junio de 20X6 la empresa constructora certifica obra por importe de 2.000.000 de euros.

4. El 31 de diciembre de 20X6 la empresa constructora certifica obra por importe de 3.000.000 de euros. La sociedad abona el primer vencimiento del préstamo al banco así como los intereses correspondientes a ese periodo.
5. El 30 de abril de 20X7 la empresa constructora comunica a la sociedad que debido a un conflicto laboral con los empleados la terminación y entrega del mismo sufrirá un retraso estimado de dos meses. Existe una cláusula en el contrato de que cada mes, o parte del mismo, que se demore la entrega del barco la sociedad será compensada con 200.000 euros/mes.
6. El 31 de agosto de 20X7 finaliza la construcción del barco, certificando la obra la empresa constructora por 5.000.000 de euros y compensando a la sociedad con 400.000 euros. El barco es recepcionando en esa fecha y en el próximo mes de septiembre efectúa las pruebas de mar pertinentes.
7. En el mes de septiembre por las pruebas de mar abona los siguientes conceptos: por sueldos y salarios de su personal encargado de manejar el barco, 100.000 euros; por combustibles y otros suministros, 30.000 euros, y por derechos de atraque en puertos, 20.000 euros.

El barco está plenamente operativo el 30 de septiembre de 20X7. Se estima que el barco tendrá una vida útil de 50 años y que a la finalización de su vida útil será vendido a una naviera de un país vecino en 800.000 euros.
8. El 31 de diciembre de 20X7 abona las cantidades correspondientes al banco por el préstamo concedido, principal e intereses de ese ejercicio y amortiza el banco en la cuantía correspondiente.
9. El 31 de marzo de 20X8 debido a la buena marcha del negocio y aprovechando los días previstos de inmovilidad del barco por el temporal del mar, introduce las mejoras en la zona de cubierta que le permiten añadir 200 butacas más. Esto no hace que se alargue la vida útil del elemento y tampoco aumenta la eficiencia productiva. Los costes de la obra suponen un desembolso de 80.000 euros, abonados por bancos.

SOLUCIÓN

Punto 1

1 de diciembre de 20X5

En este apartado no procede asiento contable porque está realizando la negociación del préstamo que se recibirá posteriormente (véase el punto 2). Idéntica situación a la anterior sucede con el anticipo que se entregará en el futuro a la empresa constructora del barco.

Punto 2

31 de diciembre de 20X5

Por la obtención del préstamo para financiar la construcción del barco, por importe de 10.000.000 de euros y amortización constante en cinco años y a un tipo de interés de 10 % anual:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	10.000.000	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		2.000.000
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		8.000.000

La NRV 2.^a, «Inmovilizado material», del PGC indica en relación con la capitalización de los gastos financieros como mayor valor del inmovilizado:

«En los inmovilizados que necesiten un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de uso, se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción los gastos financieros que se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del inmovilizado material y que hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, específica o genérica, directamente atribuible a la adquisición, fabricación o construcción».

Por la entrega del anticipo, ya que el importe recibido del préstamo es ingresado en la cuenta corriente de la constructora del barco:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
239	Anticipos para inmovilizaciones materiales	10.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		10.000.000

Con relación a los anticipos, la Resolución de 1 de marzo de 2013, de la Presidenta del ICAC, por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias (en adelante RICAC IM) en su apartado 1.3 señala:

«1. Las cantidades entregadas a cuenta de adquisiciones futuras de bienes del inmovilizado material se registrarán en el activo y los ajustes que surjan por la actualización del valor del activo asociado al anticipo darán lugar al reconocimiento de ingresos financieros, conforme se devenguen. A tal efecto se utilizará el tipo de interés incremental del proveedor existente en el momento inicial, es decir, el tipo de interés al que el proveedor podría financiarse en condiciones equivalentes a las que resultan del

importe recibido, que no será objeto de modificación en posteriores ejercicios. Cuando se trate de anticipos con vencimiento no superior a un año y cuyo efecto financiero no sea significativo, no será necesario llevar a cabo ningún tipo de actualización.

2. El anticipo se dará de baja cuando los elementos del inmovilizado material se incorporen, en curso o terminados, al patrimonio de la empresa. Cuando existan dudas sobre la recuperación del valor en libros del anticipo, la empresa contabilizará la correspondiente pérdida por deterioro».

Por tanto, en el supuesto planteado al tratarse de anticipo a largo plazo será necesaria su actualización utilizando el tipo interés al que se está financiando el proveedor (10% anual).

Punto 3

30 de junio de 20X6

Actualización del anticipo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
239	Anticipos para inmovilizaciones materiales $(10.000.000 \times 10\% \times 6/12)$	500.000	
762	Ingresos de créditos		500.000

Por la incorporación del activo a la cuenta de inmovilizado del anticipo actualizado:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
238	Elementos de transporte en curso	2.500.000	
239	Anticipos para inmovilizaciones materiales		2.500.000

Punto 4

31 de diciembre de 20X6

Por la actualización del anticipo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
239	Anticipos para inmovilizaciones materiales $(8.000.000 \times 10\% \times 6/12)$	400.000	
762	Ingresos de créditos		400.000

Por la certificación de obra, incorporando al activo el anticipo actualizado:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
238	Elementos de transporte en curso	3.400.000	
239	Anticipos para inmovilizaciones materiales		3.400.000

En esta fecha también se produce el pago de la primera anualidad del préstamo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	2.000.000	
662	Intereses de deudas (10.000.000 × 10 %)	1.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		3.000.000

La resolución del ICAC mencionada anteriormente, en el apartado III de la introducción, indica:

«Cuando la empresa adquiere el control del inmovilizado, en curso o terminado, dará de baja el anticipo y se iniciará, en su caso, el cómputo del plazo de un año para que la empresa pueda valorar si procede la capitalización de los gastos financieros incurridos en la financiación del activo».

Por tanto, el periodo de capitalización de los gastos financieros no se produce hasta la recepción del barco, que según el enunciado se produce hasta el 31 de agosto de 20X7.

Punto 5

30 de abril de 20X7

En relación con el conflicto laboral que ha supuesto la paralización de la construcción durante dos meses quedará suspendida la capitalización de los gastos financieros, ya que, según el apartado 6 de la norma novena de la Resolución de 14 de abril de 2015, del ICAC, por la que se establecen criterios para la determinación del coste de producción, (en adelante RICAC Coste de producción):

«La capitalización de los gastos financieros se suspenderá durante el plazo en que permanezcan interrumpidas las actividades relacionadas con la fabricación o construcción del bien, salvo que el cese de estas actividades venga impuesto por restricciones inherentes a su fabricación o construcción».

Por el resto de la información facilitada en este punto no procede asiento contable.

Punto 6

31 de agosto de 20X7

En esta fecha se produce la recepción del barco por lo que las cuestiones a considerar son las siguientes:

- Actualización del anticipo (descontando los dos meses en los que ha estado suspendida la construcción).
- Aplicación del anticipo restante (en términos absolutos 5.000.000).
- Recepción del activo y ajuste por las cantidades recibidas del retraso.

Actualización del anticipo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
239	Anticipos para inmovilizaciones materiales	250.000	
762	Ingresos de créditos (5.000.000 × 10 % × 6/12)		250.000

Aplicación del anticipo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
238	Elementos de transporte en curso	5.250.000	
239	Anticipos para inmovilizaciones materiales (5.000.000 + 250.000) ..		5.250.000

Recepción de las cantidades recibidas por compensación:

El tratamiento de la operación señalada en el enunciado se encuentra contemplado en la consulta 1 del BOICAC 52, de diciembre de 2002 (NFC016996), la cual versa sobre el tratamiento contable de una indemnización a favor de una empresa, fijada por incumplimiento de un contrato, en concreto, en cuanto a los plazos de ejecución de determinadas obras de mejora en un inmovilizado y cuya respuesta se transcribe a continuación:

«Las obras de mejora de los bienes del inmovilizado material son incorporadas al activo como mayor valor del bien en la medida en que supongan un aumento de su capacidad, productividad o alargamiento de su vida útil, y su valoración se realizará de acuerdo con el contenido de la norma de valoración 2.^a de la quinta parte del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre,

es decir, por el precio de adquisición, por lo que el criterio general será registrar el importe de las mejoras como inmovilizado por las cantidades finalmente a satisfacer al vendedor, lo que obliga a considerar las posibles indemnizaciones que se produzcan como un menor importe del precio de adquisición.

No obstante, para proceder a otorgar el adecuado tratamiento contable a las operaciones es necesario analizarlas en su conjunto desde un punto de vista económico racional. En este sentido, hay que puntualizar que será necesario analizar si la indemnización a la que se alude en la consulta supone un resarcimiento a su receptor por el perjuicio causado como consecuencia del retraso en la entrega del inmovilizado, de forma que mediante la misma se compensen los gastos asumidos o incurridos o el lucro cesante de la empresa durante ese periodo, en cuyo caso, y en tanto el precio de adquisición sea el derivado de las condiciones normales de mercado, el importe de la indemnización debe entenderse como un ingreso.

De ser esta última la situación, en la medida en que la indemnización esté reconocida, no existiendo dudas por lo tanto acerca de la realidad del derecho que se incorpora al patrimonio empresarial se entenderá devengada, y deberá registrarse como un ingreso extraordinario del ejercicio. Por el contrario, en tanto existan dudas acerca de la realidad y efectividad del indicado derecho, la empresa deberá abstenerse de contabilizar ingreso alguno».

Por tanto, dependiendo de las circunstancias el importe recibido se podrá considerar como:

- Ingreso excepcional.
- Menos importe del inmovilizado.

A efectos de solución, dado que el enunciado no facilita información alguna se considera un ingreso extraordinario:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	400.000	
778	Ingresos excepcionales		400.000

Además, en este punto se deben tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- No se reclasifica el inmovilizado a su denominación definitiva (elementos de transporte) porque en esta fecha empiezan las pruebas de funcionamiento.
- A partir de este momento comienza el cómputo del plazo para la posible capitalización de los intereses devengados por el préstamo.

Punto 7

Septiembre de 20X7

Durante este mes se realizan las pruebas mar. Se trata de gastos necesarios para el funcionamiento del buque por lo que formarán parte del precio de adquisición.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios	100.000	
628	Suministros	30.000	
629	Otros servicios	20.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		150.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
238	Elementos de transporte en curso	150.000	
733	Trabajos realizados para el inmovilizado material en curso		150.000

Al final de mes de septiembre por la denominación definitiva:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
218	Elementos de transporte	11.300.000	
238	Elementos de transporte en curso		11.300.000

Los datos que se desprenden del enunciado para la amortización del activo son los siguientes:

Precio de adquisición-coste	11.300.000
Vida útil	50 años
Valor residual	800.000
Cuota anual [(11.300.000 – 800.000)/50]	210.000

Punto 8

31 de diciembre de 20X7

Por el pago de la cuota de amortización del préstamo y reclasificación de la siguiente cuota:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	2.000.000	
662	Intereses de deudas	800.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.800.000

Reclasificación:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	2.000.000	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		2.000.000

Amortización del bien:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	52.500	
2818	Amortización acumulada de elementos de transporte		52.500
	(210.000 × 3/12)		

Punto 9

31 de marzo de 20X8

La RICAC IM define la mejora de la siguiente forma:

«2. Se entiende por "mejora" el conjunto de actividades mediante las que se produce una alteración en un elemento del inmovilizado, aumentando su anterior eficiencia productiva».

Según el enunciado no se cumplen las condiciones por lo que se registra como gasto del ejercicio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
622	Reparaciones y conservación	80.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		80.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

Contabilidad financiera

La sociedad Alfa se dedica a la construcción y explotación de una concesión administrativa cuya principal actividad es la explotación de un edificio de oficinas perteneciente a una importante Administración pública.

Entre el año 0 (fecha de la adjudicación de la concesión) y el año 10 (fecha de la finalización), se han producido los siguientes hechos con incidencia en la contabilidad:

AÑO 0

La sociedad decide presentarse al concurso convocado por la Administración para la adjudicación y contrato de mantenimiento de un edificio. El edificio en el momento de la licitación tiene un valor de mercado de 12.000.000 de euros. La sociedad prevé que, en el momento de la reversión, deberá realizar nuevas actuaciones en el edificio por valor de 1.000.000 de euros.

El pliego de condiciones del concurso establece que la sociedad adjudicataria tiene que proceder a la rehabilitación total del edificio, incluida la elaboración del proyecto de obra y a cambio recibiría un canon anual fijo de 650.000 euros durante los años de duración de la concesión a contar desde el momento en que el edificio pudiera ser utilizado.

A efectos de presentarse a la licitación, la sociedad contrata a un bufete de abogados que, por razones de asesoramiento, les factura 36.000 euros.

El 31 de diciembre del año 0 se produce la firma del contrato de concesión. En dicha fecha la sociedad Alfa se ve obligada a aportar una fianza de 250.000 euros que documenta bajo la forma de aval bancario. El banco cobrará una comisión de un 0,2% anual a 31 de diciembre de cada año como gastos de mantenimiento del aval, venciendo la primera a 31 de diciembre del año 1.

AÑO 1

Con fecha 1 de febrero se procede a la escrituración pública de la concesión. Gastos de notaría y registro: 3.000 euros.

El 1 de marzo la sociedad solicita y obtiene un préstamo de una entidad bancaria con objeto de financiar la reforma del edificio. Las condiciones del préstamo son las siguientes:

- Nominal: 5.000.000 de euros, reembolsable a la finalización.
- Plazo: 7 años.

- Interés: fijo del 4% anual pagadero el 1 de marzo de cada año.
- Gastos de apertura del préstamo: 10.000 euros, que se minoran del nominal entregado. (A efectos de lo preceptuado en la norma de valoración 9.^a del PGC, se informa que el tipo de interés efectivo de la operación, teniendo en cuenta los flujos de caja, es de un 4,29063887%).

Con los fondos del préstamo inicia la rehabilitación del edificio. A 31 de diciembre del año 1 la sociedad había abonado las siguientes cantidades:

- A una constructora externa: 2.500.000 euros por certificaciones de obra ya ejecutada.
- Además, con medios propios (personal y adquisición de materiales) había desembolsado 350.000 euros para el desarrollo y gestión de la obra, complementario a lo anterior.

AÑO 2

- A 1 de marzo abona los intereses correspondientes a la primera anualidad.
- Con fecha 1 de julio se finaliza la obra. Para ello la sociedad abona las siguientes cantidades:
 - A la constructora externa: 3.000.000 de euros.
 - Por medios propios (sueldos de personal y adquisición de producto): 650.000 euros.
- Por distintas razones de índole legal la sociedad no obtiene licencia de actividad para poder empezar a utilizar el edificio hasta el 1 de octubre del año 2. Abona adicionalmente 50.000 euros en concepto de gastos de tramitación de la licencia.
- Con fecha 1 de octubre el edificio está en condiciones de uso. La Administración empieza a ocuparlo y entrará en pleno rendimiento el 1 de enero del año 3.
- El 31 de diciembre la sociedad recibe el canon que corresponde a la parte proporcional del año 2.

AÑO 8

- Con fecha 1 de marzo se procede a la cancelación del préstamo pendiente abonando los correspondientes intereses. Los gastos notariales de cancelación ascienden a 25.000 euros.

AÑO 10

- El 31 de diciembre finaliza el plazo de la concesión. Para poder revertir el bien a la Administración correspondiente, la sociedad ha tenido que realizar una serie de obras adicionales en el edificio por valor de 750.000 euros.
- Se cancela el aval con la entidad de crédito para lo que se abona la comisión de gestión y 5.000 euros en concepto de gastos de cancelación.

Trabajo a realizar:

- Contabilizar en la sociedad Alfa todas las operaciones relacionadas con la concesión recogidas en el enunciado para los ejercicios 0, 1, 2, 8 y 10.

(Para la realización de este supuesto no es necesario que utilice las cuentas de los grupos ocho y nueve del Plan General de Contabilidad).

(En el caso de que el opositor estime oportuno que en algún punto de los apartados anteriores no es preciso realizar ninguna anotación contable, deberá hacerlo constar).

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN

OPERACIONES DEL AÑO 0

Los gastos de licitación se pueden activar como mayor de inmovilizado intangible que supone la concesión administrativa. En este sentido la consulta 3 del BOICAC 99 (NFC052099) señala algunos criterios que permiten activar los gastos de licitación:

«c.1) Tendrán la consideración de gastos de licitación los trabajos o gastos previos incurridos para la obtención de nuevos acuerdos de concesión. Siempre que estos desembolsos cumplan los requisitos incluidos en el Marco Conceptual de la Contabilidad para el reconocimiento de un activo, serán activados.

En particular, estas circunstancias se entenderán cumplidas siempre que se den los siguientes requisitos:

c.1.1) Solo se calificarán como activo los importes incurridos que procedan de actividades técnicas directamente relacionados con el acuerdo y de naturaleza incremental. Esto es, los gastos en los que se haya incurrido con ocasión del acuerdo y no los relacionados con funciones administrativas generales de la empresa, por ejemplo, los asociados con el departamento de estudios que la empresa tuviera en funcionamiento para acudir a las licitaciones que, en todo caso, motivarán el registro de un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias en el periodo en que se incurran.

c.1.2) Para que los desembolsos realizados sean calificados como activo deben ser identificables por separado y medibles con fiabilidad.

c.1.3) Adicionalmente, debe ser probable que el acuerdo con la entidad concedente llegue a formalizarse.

c.2) Estos importes se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias durante el periodo de construcción de la obra u obras con las que se encuentren directamente relacionados, como un componente más del coste del servicio de construcción».

Por la factura del bufete de abogados:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
623	Servicios de profesionales independientes	36.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		36.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
202	Concesiones administrativas	36.000	
730	Trabajos realizados para el inmovilizado intangible		36.000

Al final del año se produce la firma del contrato de la concesión, no pagando cuantía alguna, pero asumiendo que en el momento de la reversión deberá realizar actuaciones en el edificio por valor de 1.000.000, por lo que hay que dotar la correspondiente provisión por rehabilitación por el valor actual del importe anterior. En este punto existe un problema: el enunciado no facilita el tipo de interés de actualización, que según las normas contables debe ser el tipo de interés libre de riesgo. A efectos de solución suponemos que es el 4%, es decir, similar al tipo de interés del préstamo que hay propuesto en el ejercicio, aunque también caben otras interpretaciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
202	Concesiones administrativas	675.564,17	
143	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado ($1.000.000 \times 1,04^{-10}$)		675.564,17

El cuadro de imputación financiera de la provisión es el siguiente:

Fecha	Carga financiera	Saldo de la provisión
31-12-año 0	0,00	675.564,17
31-12-año 1	27.022,57	702.586,74
31-12-año 2	28.103,47	730.690,21
31-12-año 3	29.227,61	759.917,81
31-12-año 4	30.396,71	790.314,53
31-12-año 5	31.612,58	821.927,11
31-12-año 6	32.877,08	854.804,19
31-12-año 7	34.192,17	888.996,36
31-12-año 8	35.559,85	924.556,21
31-12-año 9	36.982,25	961.538,46
31-12-año 10	38.461,54	1.000.000,00

En relación con la fianza, al haberse formalizado en un aval bancario, no procede asiento contable si bien se irán registrando los gastos de explotación a media que se devenguen sin perjuicio de la correspondiente periodificación. En este sentido, la consulta 1 del BOICAC 82 (NFC038461), sobre el tratamiento contable de los gastos de los avales señala:

«[...]»

El supuesto objeto de consulta plantea el registro del aval por el tenedor del contrato (empresa avalada) que está obligado a desembolsar un pago inicial y unos pagos periódicos. Desde esta perspectiva, el aval no constituye un instrumento financiero, sino un contrato a ejecutar accesorio de otro principal, cuyo tratamiento contable debería guardar sintonía con el previsto para este último.

En consecuencia, con carácter general, los desembolsos en los que incurra la empresa relacionados con el aval deberán reconocerse en la cuenta pérdidas y ganancias como un gasto de la explotación, sin perjuicio de que al cierre del ejercicio deba reconocerse la correspondiente periodificación.

No obstante lo anterior, en aquellos supuestos en que el aval esté directamente relacionado con una operación financiera, por ejemplo, cuando el tipo de interés dependa del otorgamiento del aval, la obtención del préstamo y la formalización del aval

pueden considerarse una sola operación de financiación para la empresa, en la medida en que el aval es requisito indispensable para obtener el préstamo, circunstancia que debería llevar a incluir en el cálculo del tipo de interés efectivo de la operación todos los desembolsos derivados del aval».

OPERACIONES DEL AÑO 1

1 de febrero

Los gastos de notaría y registro son gastos necesarios para la obtención de la concesión por lo que:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
202	Concesiones administrativas	3.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		3.000

1 de marzo

Nota previa: el enunciado del supuesto facilita un tipo de interés efectivo de 4,29063887% anual que no es coincidente con los datos que aporta. Teniendo en cuenta que el préstamo obtenido es de 5.000.000 de euros, reembolsables a siete años y liquidando intereses anuales al 4% con unos gastos iniciales de 10.000 euros, el equilibrio financiero que determina el tipo de interés efectivo es el siguiente:

$$5.000.000 - 10.000 = 200.000 a_{7|i_e} + 5.000.000 (1 + i_e)^{-7}$$

$$\text{Tipo de interés efectivo} = 4,033363\%$$

A efectos de solución se utilizará el tipo de interés correcto, siendo el cuadro financiero del préstamo el siguiente:

Periodo	Capital vivo inicio periodo	Interés efectivo	Pago	Amortización	Coste amortizado final periodo
1	4.990.000,00	201.264,81	200.000,00	-1.264,81	4.991.264,81
2	4.991.264,81	201.315,83	200.000,00	-1.315,83	4.992.580,64
3	4.992.580,64	201.368,90	200.000,00	-1.368,90	4.993.949,55
					.../...

Periodo	Capital vivo inicio periodo	Interés efectivo	Pago	Amortización	Coste amortizado final periodo
.../...					
4	4.993.949,55	201.424,11	200.000,00	-1.424,11	4.995.373,66
5	4.995.373,66	201.481,55	200.000,00	-1.481,55	4.996.855,21
6	4.996.855,21	201.541,31	200.000,00	-1.541,31	4.998.396,52
7	4.998.396,52	201.603,48	5.200.000,00	4.998.396,52	0,00

Por el préstamo obtenido cuya valoración inicial es por el importe recibido menos los costes de transacción:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	4.990.000	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		4.990.000

Con los fondos obtenidos del préstamo se inicia la rehabilitación del edificio indicando el enunciado que al 31 de diciembre del año 1 la sociedad había abonado las siguientes cantidades:

- Por el pago de las certificaciones de obra ejecutada a una constructora externa:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	2.500.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.500.000

- Por los gastos realizados con medios propios y su activación como mayor del edificio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6	Gastos por naturaleza	350.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		350.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	350.000	
733	Trabajos realizados para el inmovilizado material en curso		350.000

Otras operaciones a registrar en esta fecha que se deducen del enunciado son:

- Por el pago del aval:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
626	Servicios bancarios y similares (250.000 × 0,002)	500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		500

- Intereses devengados por el préstamo desde el 1 de marzo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (201.264,81 × 10/12)	167.720,68	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito (200.000 × 10/12)		166.666,67
520	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		1.054,01

El periodo de construcción del edificio comienza el 1 de marzo del año 1 y finaliza el 1 de julio del año 2, tramo que contiene 15 meses, por lo que los gastos financieros del préstamo se capitalizan como mayor valor de la construcción de forma obligatoria, ya que superan el plazo de un año. Aquí se plantea el problema del importe a capitalizar que resuelve la RICAC Coste producción, norma novena. 3 cuando señala:

«El valor contable de los activos "aptos" para capitalizar los gastos financieros se calculará como el promedio de los citados activos a lo largo del ejercicio, minorado en el importe de las subvenciones, donaciones y legados específicos que se hubieran recibido para su financiación».

Saldo inicial	0
Saldo final (2.500.000 + 350.000)	2.850.000
Saldo medio (2.850.000/2)	1.425.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso (1.425.000 × 4,033363 % × 10/12)	47.896,19	
764	Incorporación al activo de gastos financieros		47.896,19

OPERACIONES DEL AÑO 2

1 de marzo

Por los intereses devengados desde el 1 de enero y el pago de los intereses de la primera anualidad de préstamo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (201.264,81 × 2/12)	33.544,16	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito (200.000 × 2/12)		33.333,33
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		210,82

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	200.000,00	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		200.000,00

1 de julio

En esta fecha se produce la terminación de la obra abonando a una constructora externa 3.000.000 de euros y por actividades con medios propios 650.000 euros.

Por las construcciones de la obra:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	3.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		3.000.000

Por los gastos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Gastos por naturaleza	650.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		650.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	650.000	
733	Trabajos realizados para el inmovilizado material en curso		650.000

La RICAC Coste de producción, apartado noveno, señala:

«La capitalización de los gastos financieros cesará cuando se hayan completado todas las actividades necesarias para preparar el activo para el uso al que esté destinado o para su venta. Normalmente, un activo estará preparado para el uso al que está destinado o para su venta, cuando se haya completado la construcción física del mismo, aunque todavía deban llevarse a cabo trabajos administrativos o modificaciones menores».

Por tanto, hay que capitalizar los intereses desde el 1 de enero al 1 de julio:

Saldo 1 de enero	2.897.896,19
Saldo 30 de junio (2.897.896,19 + 3.000.000 + 650.000)	6.547.896,19
Saldo medio (9.445.792,38/2)	4.722.896,19

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso (4.722.896,19 × 4,033363 % × 6/12)	95.245,77	
764	Incorporación al activo de gastos financieros		95.245,77

Por la tramitación de la licencia:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	50.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		50.000

1 de octubre

Dado que el edificio está en condiciones de uso, procede su reclasificación a la denominación definitiva:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	6.693.141,96	
231	Construcciones en curso		6.693.141,96

31 de diciembre

La amortización de la concesión administrativa, al estar íntimamente ligada al edificio rehabilitado, comienza en la misma fecha que la amortización de este:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible	21.653,46	
2802	Amortización acumulada de concesiones administrativas [(714.564,17/8,25 años) × 3/12]		21.653,46

Por los gastos del aval que se pagan en esta fecha:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
626	Servicios bancarios y similares	500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		500

Amortización del edificio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	202.822,48	
2811	Amortización acumulada de construcciones [(6.693.141,96/8,25) × (3/12)]		202.822,48

Cobro del canon fijo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	162.500	
705	Prestaciones de servicios (650.000 × 3/12)		162.500

Por los intereses devengados por el préstamo desde el 1 de marzo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (201.315,83 × 10/12)	167.763,19	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito (200.000 × 10/12)		166.666,67
520	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		1.096,52

OPERACIONES DEL AÑO 8

1 de marzo

Por los intereses devengados desde el 1 de enero:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (201.603,48 × 2/12)	33.600,58	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito (200.000 × 2/12)		33.333,33
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		267,25

Por el pago:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	200.000	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	5.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		5.200.000

Los gastos notariales, al estar relacionados con la cancelación de la deuda, son, en nuestra opinión, de naturaleza financiera y no servicios exteriores. Inicialmente no se consideran en la determinación del tipo de interés efectivo porque en ese momento no se conoce su cuantía.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	25.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		25.000

31 de diciembre

Amortización de la concesión:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	86.613,84	
2802	Amortización acumulada de concesiones administrativas (714.564,17/8,25 años)		86.613,84

Amortización del edificio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	811.289,92	
281	Amortización acumulada de construcciones (6.693.141,96/8,25)		811.289,92

Pago de la comisión bancaria del aval:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
626	Servicios bancarios y similares	500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		500

Actualización de la provisión por desmantelamiento:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	35.559,85	
143	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmo- vilizado		35.559,85

OPERACIONES DEL AÑO 10

Los conceptos a registrar al 31 de diciembre de este año son los siguientes:

Amortización de la concesión:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	86.613,84	
2802	Amortización acumulada de concesiones administrativas (714.564,17/8,25 años)		86.613,84

Amortización del edificio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	811.289,93	
281	Amortización acumulada de construcciones (6.693.141,96/8,25)		811.289,92

Pago de la comisión bancaria del aval:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
626	Servicios bancarios y similares	500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		500

Actualización de la provisión por desmantelamiento:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	38.461,54	
5293	Provisión a corto plazo por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado		38.461,54

Por las obras adicionales en el edificio en el momento de la reversión procede aplicar la provisión por desmantelamiento que se ha venido dotando en los ejercicios precedentes:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
5293	Provisión a corto plazo por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado	1.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		750.000
795	Exceso de provisiones		250.000

Y por la cancelación del aval:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
626	Servicios bancarios y similares	5.500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		5.500

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

Contabilidad financiera

La sociedad anónima DASA, al cierre del ejercicio del año 2015, presenta un resultado de 2.350.000 euros de beneficio, antes de contabilizar las operaciones que se reflejan a continuación:

Se dispone de la siguiente información complementaria, a efectos de considerar el registro del Impuesto sobre Sociedades:

La sociedad fue creada en el año 2014 y entra dentro de la consideración de empresas de nueva creación por lo que se acoge a un tipo especial de impuesto de un 15 %.

En el año 2015 ha efectuado prestaciones de servicios a Administraciones públicas por valor de 200.000 euros que a fecha de cierre se encuentran pendientes de cobro. La sociedad ha contabilizado el correspondiente deterioro, partida que no es deducible fiscalmente.

Con fecha 1 de junio de 2015 la sociedad adquiere unos equipos informáticos por valor de 600.000 euros cuya vida útil se estima de cuatro años. Estos equipos gozan de libertad de amortización desde el punto de vista fiscal y la sociedad decide aplicar al ejercicio 2015 un 50 % del valor del inmovilizado a efectos fiscales. Contablemente se registran mediante un sistema de números dígitos decreciente tomando como referencia los años naturales.

El 1 de octubre de 2015 entra en producción un *software* desarrollado por la propia empresa por valor de 1.300.000 euros. En concreto, los componentes del coste final del *software* han sido:

- Adquisición de bienes y servicios: 300.000 euros.
- Gastos de personal que ha contribuido a la fabricación: 1.000.000 de euros. Estos gastos tienen una deducibilidad sobre base en el impuesto de un 25 %.
- Además, la empresa dispone del derecho a una deducción en cuota de 3.000 euros por creación de empleo.

En el año 2015 las retenciones y pagos a cuenta del impuesto ascienden a 26.000 euros.

Además existen bases imponible negativas del ejercicio 2014 con derecho a compensación por valor de 180.000 euros.

Trabajo a realizar:

- Cálculo de la base imponible y cuota íntegra y líquida del impuesto.
- Conciliación entre resultado contable y fiscal.
- Contabilización del impuesto sobre sociedades del ejercicio.

(En la resolución de este supuesto no es necesario tomar en consideración la Resolución de 9 de febrero de 2016 del ICAC por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del impuesto sobre beneficios).

SOLUCIÓN

CÁLCULO DE LA BASE IMPONIBLE, CUOTA ÍNTEGRA Y LÍQUIDA DEL IMPUESTO

En primer lugar, hay que calcular el beneficio antes de impuestos, para lo que hay que contabilizar las operaciones que se describen en el enunciado.

Créditos ante la Administración pública

Por la consideración de dudoso cobro de prestaciones de servicios que se han realizado a las Administraciones públicas dotando el correspondiente deterioro:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
436	Cientes de dudoso cobro	200.000	
430	Cientes		200.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
694	Pérdidas por deterioro de créditos por operaciones comerciales ...	200.000	
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales		200.000

El propio enunciado señala que el deterioro no es deducible fiscalmente y procederá un ajuste positivo para calcular la base imponible. Desde el punto de vista mercantil se produce una diferencia temporaria en origen.

Equipos informáticos

1 de junio de 2015

Adquisición de los equipos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
217	Equipos para procesos de información	600.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		600.000

31 de diciembre de 2015

Amortización:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	140.000	
2817	Amortización acumulada de equipos para procesos de información [(600.000 × 4/10) × 7/12]		140.000

El ámbito fiscal son deducibles $600.000 \times 50\% = 300.000$ por lo que hay que realizar un ajuste negativo en la liquidación del impuesto sobre sociedades de -160.000 , dando lugar a una diferencia temporaria imponible en origen.

Software

Por los gastos asociados a la producción del *software*, teniendo en cuenta que los gastos de personal dan lugar a una reducción de la base imponible de 250.000 euros (diferencia permanente).

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6-	Compras de materiales y servicios exteriores	300.000	
640	Sueldos y salarios	1.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.300.000

Por la activación:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
201	Desarrollo	1.300.000	
730	Trabajos realizados para el inmovilizado intangible		1.300.000

Por la amortización al cierre del ejercicio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	65.000	
2801	Amortización acumulada de desarrollo [(1.300.000/5) × (3/12)]		65.000

Después de los asientos contables anteriores el beneficio antes de impuestos es:

$$2.350.000 - 200.000 - 140.000 - 1.300.000 + 1.300.000 - 65.000 = 1.945.000$$

Liquidación del impuesto sobre sociedades:

Beneficio antes de impuestos	1.945.000
+/- Ajustes	
Deterioro crédito Administración pública	+200.000
Libertad de amortización	-160.000
Gastos de personal no deducibles	-250.000
Base imponible previa	1.735.000
Menos compensación bases imponibles negativas de ejercicio anteriores	-180.000
Base imponible del ejercicio	1.555.000
Tipo de gravamen	15 %
Cuota íntegra	233.250
Deducciones	-3.000
Cuota líquida	230.250
Retenciones y pagos a cuenta	-26.000
Cuota diferencial	204.250

CONCILIACIÓN DEL RESULTADO CONTABLE Y LA BASE IMPONIBLE

Conceptos	Aumentos	Disminuciones	Importes
Resultado del ejercicio			1.693.750
Impuesto sobre beneficios			251.250
Diferencias permanentes			-250.000
Reducción gastos personal		-250.000	
Diferencias temporarias con origen en el ejercicio			+40.000
Deterioro Administración pública	+200.000		
Libertad de amortización		-160.000	
Bases imponibles negativas			-180.000
Base imponible			1.555.000

Precisiones a la solución propuesta en este apartado

La reducción de la base imponible derivada de la activación de los gastos de personal en un *software* podría producir una periodificación de dicha diferencia permanente que no se ha tenido en cuenta en la solución del ejercicio porque no se ha facilitado la vida útil del activo.

Por otro lado, en el momento de redactar la solución propuesta el tipo de gravamen del 15% para las sociedades de nueva creación se mantiene durante los dos primeros años de vida de la sociedad. Por tanto, todos los activos fiscales deberían actualizarse al tipo de gravamen que van a revertir que tampoco ha sido facilitado por el enunciado del supuesto por lo que también se ha omitido este aspecto.

CONTABILIZACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Por el impuesto corriente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	230.250	.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		26.000
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		204.250

Diferencia temporaria de los créditos ante la Administración pública:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
474	Activos por diferencias temporarias deducibles	30.000	
6301	Impuesto diferido (200.000 × 15 %)		30.000

Diferencia temporaria en origen de la libertad de amortización:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	24.000	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (160.000 × 15 %) ...		24.000

Por las bases imponibles negativas, suponiendo que el crédito por activos fiscales fue contabilizado en ejercicios anteriores:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	27.000	
4745	Crédito por pérdidas a compensar del ejercicio (180.000 × 15 %)		27.000

Por la regularización de las cuentas derivadas de la contabilización del gasto por impuesto sobre beneficios:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	251.250	
6300	Impuesto corriente		230.250
6301	Impuesto diferido		21.000

$$\text{Resultado del ejercicio} = 1.945.000 - 251.250 = 1.693.750$$

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

Operaciones financieras

Hace tres años la empresa Vidasana contrató un préstamo de 80.000 euros y 15 años de duración, con las siguientes características: comisión de apertura 1 %, comisión por cancelación anticipada 1,25 %, el interés nominal para el primer año es el 1,20 % y el resto de los años lo contrata al euríbor más 1,20 %. En estos momentos se sabe que el euríbor del segundo año fue el 1 % y el del tercer año fue del 0,75 %.

Trabajo a realizar:

1. Mensualidades del préstamo durante los tres primeros años.
2. Si en estos momentos, después del pago de la última mensualidad del tercer año, cancela el préstamo financiándose en otro banco que le ofrece un tanto fijo anual del 3 %, con pagos mensuales crecientes en progresión un 2 % anual acumulativo, calcular las cuantías de los términos amortizativos.

SOLUCIÓN

La empresa tiene contratado un préstamo por importe de 80.000 euros a amortizar en un plazo de 15 años, con interés variable (revisable), siendo el tipo de interés nominal (J_{12}) de salida 1,20 % durante el primer año y para el resto euríbor +1,20 %, revisable anualmente. El importe de la comisión de apertura no afecta al cálculo de las mensualidades.

1. MENSUALIDADES DEL PRÉSTAMO DURANTE LOS TRES PRIMEROS AÑOS

Para el cálculo de la primera mensualidad (a_1) se realizan los cálculos como si de un préstamo francés se tratase, con cuota constante y considerando como tipo de interés para toda la operación (180 meses) el nominal de salida del 1,20 %, es decir, se calcula bajo el supuesto teórico de que el tipo inicial permanece constante durante toda la vida del préstamo.

Se plantea la siguiente equivalencia en el momento inicial:

$$80.000 = a_1 \times a_{180|0,001}$$

$$J_{12} = 1,20\% \quad i_{12} = 1,20\%/12 = 0,1\%$$

$$a_1 = 485,87$$

Pasado el primer año, una vez realizado el 12.º pago, se revisa el tipo de interés. Para ello se calcula la deuda pendiente (C_{12}) que se tomará como importe de un nuevo préstamo, tomando como duración los 168 meses que aún faltan para concluir definitivamente el préstamo y empleando como tipo el que surge de la revisión ($J_{12} = 2,20\% = 1\% + 1,20\%$).

Los pasos a seguir serán:

- Calcular la deuda pendiente en el momento de la revisión (C_{12}) actualizando los pagos pendientes:

$$C_{12} = 485,87 \times a_{168|0,001} = 75.102,74$$

- Calcular la nueva mensualidad (a_2) al nuevo tipo de interés vigente a partir de la primera revisión:

$$J_{12} = 1\% + 1,20\% = 2,20\% \quad \text{siendo } i_{12} = 2,20\%/12 = 0,1833\%$$

- Plantear la equivalencia financiera y despejar:

$$75.102,74 = a_2 \times a_{168|0,0018333}$$

$$a_2 = 519,82$$

Pasados dos años (24 pagos mensuales), llega el momento de la segunda revisión del tipo de interés y se vuelve a realizar la operación efectuada en la primera revisión. En este caso, el importe a considerar será la deuda pendiente en esa fecha (C_{24}), duración 156 meses y como tipo el que surge como consecuencia de la revisión ($J_{12} = 1,95\% = 0,75\% + 1,20\%$).

Los pasos a seguir serán:

- Calcular la deuda pendiente en el momento de la revisión (C_{24}) actualizando los pagos pendientes:

$$C_{24} = 519,82 \times a_{156|0,001833} = 70.470,65$$

- Calcular la nueva mensualidad (a_3) al nuevo tipo de interés vigente a partir de la segunda revisión:

$$J_{12} = 0,75\% + 1,20\% = 1,95\% \quad \text{siendo } i_{12} = 1,95\%/12 = 0,1625\%$$

- Plantear la equivalencia financiera y despejar:

$$70.470,65 = a_3 \times a_{156|0,001625}$$

$$a_3 = 511,77$$

2. CANCELACIÓN DEL PRÉSTAMO INICIAL Y REFINANCIACIÓN DEL MISMO

Transcurridos tres años se plantea la cancelación del préstamo y su financiación con un nuevo préstamo con tipo de interés fijo y con pagos mensuales crecientes en progresión geométrica con variación anual.

Para ello, se debe calcular el importe de la deuda pendiente en el momento de la revisión (C_{36}). Además, como en las condiciones del préstamo inicial se ha pactado una comisión de cancelación, de cara a la resolución del caso vamos a suponer que el importe del nuevo préstamo incluirá, por una parte, la deuda actual del préstamo inicial y, además, el importe de la comisión de cancelación. En cuanto al plazo, se supone que se mantiene el número de años pendientes de la operación anterior (12 años).

- Capital pendiente en el momento de la cancelación (C_{36}) actualizando los pagos pendientes:

$$C_{36} = 511,77 \times a_{144|0,001625} = 65.660,70$$

- Comisión de cancelación: $1,25\% \times 65.660,70 = 820,76$
- Importe del nuevo préstamo: $65.660,70 + 820,76 = 66.481,46$

Los pagos a realizar en esta nueva operación se consideran una renta variable en progresión geométrica, de razón anual (1,02), con 12 años de duración y pagos mensuales vencidos. Por tanto, se trata de una renta fraccionada.

Para su resolución, se calculará el pago anual equivalente del primer año (C_1) y, a continuación, se calcularán los pagos mensuales vencidos a realizar durante ese periodo. El resto de pagos mensuales se obtendrá a partir de estos.

Se deberá plantear la siguiente equivalencia financiera:

$$66.481,46 = A_{(C_1; 1,02)12|i}$$

El tipo de interés se obtiene así:

$$J_{12} = 3\% \text{ de donde: } i_{12} = 3\%/12 = 0,25\% \text{ y, finalmente, } i = 1,002512 - 1 = 3,0415956\%$$

y desarrollando la fórmula del valor actual resulta:

$$66.481,46 = C_1 \times \frac{1 - 1,02^{12} \times 1,030415956^{-12}}{1 + 0,030415956 - 1,02}$$

$$C_1 = 6.033,00$$

Por último, los pagos mensuales vencidos del primer año de este nuevo préstamo se obtienen a partir del C_1 , planteando el cálculo del valor final de una renta de 12 términos mensuales, constantes, vencidos al tipo mensual del 0,25%:

$$6.033,00 = a_1 \times s_{12|0,0025}$$

$$a_1 = 495,87$$

El resto de pagos mensuales irá cambiando anualmente, incrementándose en un 2% cada año. Por tanto, el resto de mensualidades se obtendrán como sigue:

- Año 2: $a_2 = 495,87 \times 1,02 = 505,79$
- Año 3: $a_3 = 505,79 \times 1,02 = 515,91$
- Año 4: $a_4 = 515,91 \times 1,02 = 526,23$
- ...
- Año 12: $a_{12} = 604,47 \times 1,0211 = 616,55$