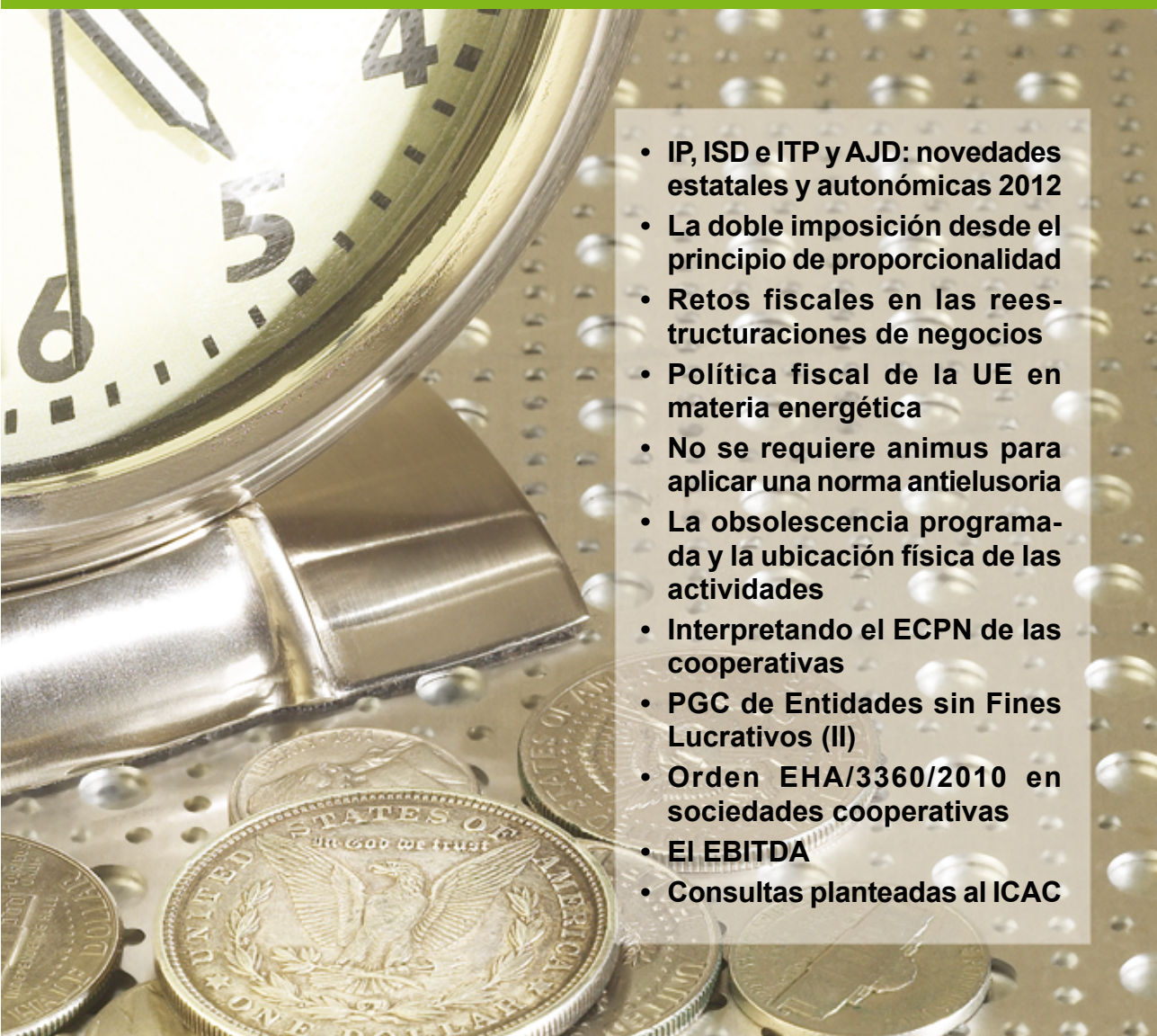




- IP, ISD e ITP y AJD: novedades estatales y autonómicas 2012
- La doble imposición desde el principio de proporcionalidad
- Retos fiscales en las reestructuraciones de negocios
- Política fiscal de la UE en materia energética
- No se requiere animus para aplicar una norma antielusoria
- La obsolescencia programada y la ubicación física de las actividades
- Interpretando el ECPN de las cooperativas
- PGC de Entidades sin Fines Lucrativos (II)
- Orden EHA/3360/2010 en sociedades cooperativas
- El EBITDA
- Consultas planteadas al ICAC

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

28010 MADRID
08012 BARCELONA
46010 VALENCIA
28010 MADRID
902 88 89 90

Tel. 914 444 920
Tel. 934 150 988
Tel. 963 614 199
Tel. 914 444 920
info@cef.es

ABRIL 2012 – NÚMERO 349

DIRECTOR

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

COORDINADORES

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

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

CONSEJO ASESOR

Sotero Amador Fernández
Profesor de Contabilidad del CEF

Mario Alonso Ayala
Presidente de AUREN-ESPAÑA

Diego Marín Barnuevo Fabo
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid

Alejandro Blázquez Lidoy
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Rey Juan Carlos

José Manuel Calderón Carrero
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de A Coruña

César Camisón Zornoza
Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Jaume I de Castellón

Inocencio Carazo González
Socio Director de INSESA & Abogados

Gabriel Casado Ollero
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense de Madrid

José Luis Cea García
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Autónoma de Madrid

Lorenzo de las Heras Miguel
Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España

José Luis Gallizo Larraz
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Lleida

José Antonio Gonzalo Angulo
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Alcalá. Presidente del ICAC

Alejandro Larriba Díaz-Zorita
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

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

Juan Manuel Moral Calvo
Socio Sector Financiero de KPMG Abogados

Enrique Ortega Carballo
Socio Área Fiscal Gómez Acebo & Pombo Abogados

Valentín Pich Rosell
Presidente del Consejo General de Colegios de Economistas de España

Eduardo Ramírez Medina
Socio de Cuatrecasas Abogados

José Andrés Sánchez Pedroche
Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Rector de la UDIMA

Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Economía y Hacienda

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición electrónica: www.ceflegal.com

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

- 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

- EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.L.

- IMPRIME:

Artes Gráficas Coyve, S.A.

C/ Destreza, 7

Polígono Industrial «Los Olivos»

28906 Getafe (Madrid)

- DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

- SUSCRIPCIÓN ANUAL A LOS DOS VOLUMENES (2012) ... 139,43 € (IVA no incluido)

1.º Comentarios y Casos prácticos (en papel e Internet)

2.º Legislación, Consultas, Jurisprudencia (en papel).

- SUSCRIPCIÓN ANUAL A UN SOLO VOLUMEN (2012) 79,81 € (IVA no incluido)

- NÚMEROS SUELTOS (cada volumen):

– Suscriptores 10,00 € (IVA no incluido)

– No suscriptores 15,00 € (IVA no incluido)

En la página www.ceflegal.com 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 descuento del 50%.

© CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

Derechos reservados, quedando prohibida la reproducción de los trabajos presentados por cualquier proceso mecánico, reprográfico o electrónico, sin la previa autorización escrita del editor.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

SUMARIO

Página

TRIBUTACIÓN

31/2012	Análisis de la normativa autonómica para 2012 en el Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.	5
	<i>(Francisco de Asís Pozuelo Antoni)</i>	
32/2012	La doble imposición desde el principio de proporcionalidad.	41
	<i>(Marina Serrat Romani)</i>	
33/2012	Los retos fiscales en las reestructuraciones de negocios de los grupos multinacionales.	81
	<i>(Alberto Amorós Viñals)</i>	
34/2012	Nuevas perspectivas en la política fiscal de la Unión Europea en materia energética y su incidencia en el sistema tributario español.	109
	<i>(Carlos María López Espadafor y María del Carmen Cámara Barroso)</i>	
35/2012	La concurrencia de ánimo defraudatorio no es necesaria en la aplicación de una norma antielusoria. Análisis de la reciente interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores.	113
	<i>(Fernando Martín Barahona)</i>	

CONTABILIDAD

36/2012	La obsolescencia programada y la ubicación física de las actividades. Contenido necesario en los informes de Responsabilidad Social Corporativa.	117
	<i>(Miguel Ángel Villacorta Hernández)</i>	
37/2012	Interpretando el Estado de Cambios de Patrimonio Neto de las cooperativas.	155
	<i>(José L. Gallizo Larraz y Jordi Moreno Gené)</i>	
38/2012	Plan General de Contabilidad de Entidades sin Fines Lucrativos (II).	181
	<i>(Javier Romano Aparicio)</i>	
39/2012	Novedades y repercusión de la Orden EHA/3360/2010 en las sociedades cooperativas.	229
	<i>(José Luis Zarzoso Lino y Pedro Carmona Ibáñez)</i>	
40/2012	El EBITDA.	251
	<i>(Sotero Amador Fernández)</i>	
41/2012	Consultas planteadas al ICAC.	267
	<i>(Paloma Coronado Sierra)</i>	

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS		277
-----------------------------------	-------	-----

Solo disponible en versión digital

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.

SUMMARY

	<u>Page</u>
TAXATION	
31/2012 Analysis of the regional rules for 2012 in Net Worth Tax, Inheritance and Gift Tax and Transfer Tax and Stamp Duty. <i>(Francisco de Asís Pozuelo Antón)</i>	5
32/2012 The double taxation in the European Union from the principle of proportionality. <i>(Marina Serrat Romani)</i>	41
33/2012 Fiscal challenges of business restructurings in multinational groups. <i>(Alberto Amorós Viñals)</i>	81
34/2012 New perspectives in European Union tax policy on energy matter and its effect in spanish tax system. <i>(Carlos María López Espadafor y María del Carmen Cámara Barroso)</i>	109
35/2012 Intention to defraud is not required for the application of an anti-circumvention clause. Analysis of the recent Tribunal Supremo interpretation of article 108 of the Law of Securities Market. <i>(Fernando Martín Barahona)</i>	113
ACCOUNTING	
36/2012 The planned obsolescence and the physical location of activities. Content needed on Corporate Social Responsibility report. <i>(Miguel Ángel Villacorta Hernández)</i>	117
37/2012 Interpreting the Statement of Changes in Equity of cooperatives. <i>(José L. Gallizo Larraz y Jordi Moreno Gené)</i>	155
38/2012 Accounting General Plan Non-Profit Organizations (II). <i>(Javier Romano Aparicio)</i>	181
39/2012 Changes and implications of the Order EHA/3360/2010 in cooperatives' accounting regulation. <i>(José Luis Zarzoso Lino y Pedro Carmona Ibáñez)</i>	229
40/2012 EBITDA. <i>(Sotero Amador Fernández)</i>	251
41/2012 Questions formulated to ICAC. <i>(Paloma Coronado Sierra)</i>	267
BIBLIOGRAPHIC REVIEWS	277

Available only in digital

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA PARA 2012 EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO, IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES E IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

FRANCISCO DE ASÍS POZUELO ANTONI

Inspector de Hacienda del Estado.

Dirección General de Tributos.

Comunidad Autónoma de Aragón

Extracto:

COMO en años anteriores se analizan en el artículo las principales novedades introducidas por las normas estatales y autonómicas en impuestos cedidos (singularmente el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

Palabras clave: novedades para 2012, IP, ITP y AJD e ISD.

ANALYSIS OF THE REGIONAL RULES FOR 2012 IN NET WORTH TAX, INHERITANCE AND GIFT TAX AND TRANSFER TAX AND STAMP DUTY

FRANCISCO DE ASÍS POZUELO ANTONI

Inspector de Hacienda del Estado.

Dirección General de Tributos.

Comunidad Autónoma de Aragón

Abstract:

As in previous years, this paper analyses the main novelties introduced by central and regional laws in government ceded taxes (especially the Inheritance and Gift Tax and the Transfer Tax and Stamp Duty).

Keywords: new developments for 2012, Net Worth Tax, Transfer Tax and Stamp Duty, Inheritance and Gift Tax.

Sumario

I. Visión general de la normativa estatal y de otras circunstancias relevantes.

1. Modificaciones normativas estatales.
2. Otras circunstancias relevantes.

II. Comentario de las principales modificaciones en leyes autonómicas.

1. Andalucía. Ley 17/2011, de 23 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se modifican el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos; la Ley de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad; la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía; diversos preceptos relativos al Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA); la Ley de reordenación del sector público de Andalucía; y la Ley del Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía; así como se adoptan medidas en relación con el Impuesto sobre los Depósitos de Clientes en las Entidades de Crédito en Andalucía; Ley 18/2011, de 23 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2012.
2. Aragón. Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.
3. Baleares. Decreto-Ley 6/2011, de 2 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, de Medidas Tributarias Urgentes.
4. Canarias. Ley 11/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales para el fomento de la venta y rehabilitación de viviendas y otras medidas tributarias.
5. Cantabria. Ley de Cantabria 5/2011, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y Ley de Cantabria 1/2012, de 12 de enero, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Medidas Fiscales en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 62/2008, de 19 de junio.
6. Castilla-La Mancha. Ley 15/2011, de 15 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de Emprendedores, Autónomos y Pymes.
7. Castilla y León. Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.
8. Cataluña. Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras. Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.
9. Extremadura. Ley 1/2012, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2012.
10. Galicia. Ley 12/2011, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.
11. La Rioja. Ley 7/2011, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2012.
12. Madrid. Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.
13. Murcia. Ley 7/2011, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y de fomento económico en la Región de Murcia.
14. Comunidad Valenciana. Ley 9/2011, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat y Decreto-Ley 1/2012, de 5 de enero, del Consell, de medidas urgentes para la reducción del déficit en la Comunitat Valenciana.

I. VISIÓN GENERAL DE LA NORMATIVA ESTATAL Y DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES

1. Modificaciones normativas estatales

El repaso de las normas autonómicas aprobadas para 2012 en los impuestos cedidos «tradicionales» debe comenzarse, este año, con una mención de la normativa estatal directa o indirectamente condicionante de aquellas. Y en concreto, con la reintroducción del Impuesto sobre el Patrimonio o el nuevo marco legislativo del juego *on line*.

En el Impuesto sobre el Patrimonio ha habido una novedad trascendental en la legislación estatal con la publicación del *Real Decreto-Ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal*. Esta norma, además de su propia importancia, ha motivado que algunas normativas autonómicas tuvieran que reaccionar, bien para provocar el efecto contrario a este real decreto-ley (frente a la reactivación estatal, algunas comunidades autónomas oponen la bonificación total con cargo a sus propios presupuestos de ingresos), bien para hacer adaptaciones sobre su propia normativa preexistente para que esta no fuera más gravosa que la estatal. Y aún habría una tercera conducta consistente en no legislar nada «aceptando tácitamente» lo fijado desde el gobierno nacional.

El resumen de este restablecimiento puede centrarse en los siguientes aspectos:

- Se reactiva temporalmente el impuesto para dos años (2011 y 2012). Formalmente se da nueva redacción al artículo 33 (que establecía la bonificación del 100% y ahora pasa a regular una bonificación de la cuota en Ceuta y Melilla del 75%) y se reintroduce en el artículo 36 la obligación de autoliquidar.

Su carácter temporal se presenta de un modo algo rocambolesco, porque junto a la señalada derogación de la bonificación del 100 por 100 en el artículo 33 (a través de la vía de sustituirla por una del 75% para Ceuta y Melilla), se vuelve a modificar ese mismo precepto con efectos desde 1 de enero de 2013, recogiendo que sobre la cuota íntegra del impuesto se aplicará una bonificación del 100 por 100 a los sujetos pasivos por obligación personal o real de contribuir y derogando los artículos relativos a la obligación de pago y declaración (arts. 6, 36, 37 y 38).

- Se tributa por bases imponibles superiores a 700.000 euros, porque si la comunidad autónoma no hubiese regulado un mínimo exento propio, la base imponible se reducirá en ese importe, tanto para residentes por obligación personal, como sujetos pasivos no residentes que tributen por obligación personal de contribuir y sujetos pasivos sometidos a obligación real de contribuir.

- Se eleva también (hasta 2.000.000 de euros) el valor de los bienes o derechos que obligan a presentar declaración aunque no resulte ingreso.
- Se mantiene la estructura del impuesto, pero del anterior límite de 150.253,03 euros de exención de vivienda habitual se pasa a 300.000 euros.
- La escala sigue siendo la misma. A los efectos de poder compararla con las modificaciones de alguna comunidad autónoma (así, Andalucía), recordamos que la tarifa que se aplica en el impuesto en defecto de normativa autonómica propia es la siguiente:

Base liquidable – Hasta euros	Cuota – Euros	Resto base liquidable – Hasta euros	Tipo aplicable – Porcentaje
0,00	0,00	167.129,45	0,2
167.129,45	334,26	167.123,43	0,3
334.252,88	835,63	334.246,87	0,5
668.499,75	2.506,86	668.499,76	0,9
1.336.999,51	8.523,36	1.336.999,50	1,3
2.673.999,01	25.904,35	2.673.999,02	1,7
5.347.998,03	71.362,33	5.347.998,03	2,1
10.695.996,06	183.670,29	en adelante	2,5

En segundo lugar, hay que hacer una mención a la *Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del Juego*.

El sector del juego, entendido en sentido amplio, ha tenido desde su despenalización en el *Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los Aspectos Penales, Administrativos y Fiscales de los Juegos de Suerte, Envite o Azar y Apuestas*, un discurrir sin grandes altibajos hasta hace unos cuantos meses en los que la crisis económica, el desarrollo de nuevas tecnologías, determinadas medidas normativas de carácter sanitario y la tipología de su actividad y clientela, han inducido a profundos cambios.

A lo anterior se une la irrupción de los nuevos juegos interactivos a través de Internet, nuevas formas de operar y, fundamentalmente, la aprobación, en buena medida para dar respuesta legal a alguna de estas circunstancias, de la *Ley 13/2011*.

El desarrollo de este marco normativo (ya exigido por la *disp. adic. vigésima de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información* y, en el ámbito europeo, en la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2009 sobre la integridad de los juegos de azar en línea) no ha sido sencillo porque ha habido que conjugar las competencias del Estado con las competencias en materia de juego (algunas ejecutivas) que los Estatutos de Autonomía atribuyen a las comunidades autónomas.

La ley no es, ni exclusivamente, ni siquiera principalmente, «tributaria», sino que regula la explotación de juegos a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos en el ámbito estatal, y sirve de marco a las normativas autonómicas. Sin embargo, en el Título VII, «Régimen Fiscal», se crea un impuesto sobre el juego que no invalida la capacidad autonómica en lo que se refiere al gravamen cedido en su ámbito competencial (y materializada normalmente en las tasas sobre juegos de suerte, envite y azar).

El impuesto nace así con un exclusivo ámbito estatal sin afectar a las tasas vigentes sobre el juego y siendo compatible con las mismas por el distinto juego competencial. Y precisamente por esta circunstancia, la mayor parte de las comunidades autónomas han incorporado alguna regulación para recoger la tributación de aquellos juegos «nuevos» tipificados en la ley estatal que no podían ser gravados con sus legislaciones preexistentes.

2. Otras circunstancias relevantes

Aunque no se trata de fuentes formales de Derecho, hay dos circunstancias que no pueden dejar de comentarse en el inicio de 2012 sobre la situación de los impuestos cedidos. Una tiene que ver con el indirecto enjuiciamiento que de nuestro sistema de financiación autonómica hacen desde la Unión Europea, y la otra, con la necesidad de incrementar los ingresos tributarios ante la situación de crisis económica.

La primera cuestión es la presentación por parte de la Comisión Europea de una demanda contra el Reino de España ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, en marzo de este año, de conformidad con el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Pretende la Comisión que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 21 y 63 del TFUE y a los artículos 28 y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), al introducir diferencias, en el trato fiscal dispensado a las donaciones y sucesiones, entre los causahabientes y donatarios residentes en España y los no residentes; entre los causantes residentes en España y los no residentes; y entre las donaciones y disposiciones similares de bienes inmuebles situados dentro y fuera de España.

En esencia, se trata de que la Comisión, entendiendo la descentralización política y tributaria de España, considera a través de diversos ejemplos, que se está discriminando al no residente en España por el hecho de que el poder legislativo autonómico ha desarrollado un plantel de beneficios muy superior al de la ley estatal que es la aplicable a los no residentes. Como además, la aplicación de esta normativa puede generar un obstáculo a la libre circulación de personas y de capitales con arreglo a los artículos 21 y 63 del TFUE y a los artículos 28 y 40 del EEE, asuntos donde la sensibilidad europea es especialmente alta, la Comisión busca que se declare judicialmente el incumplimiento español.

Sin entrar en el fondo de la cuestión hay que señalar que un eventual fallo del Tribunal, en el sentido propuesto por la Comisión, abriría un abanico de posibles consecuencias que irían desde un

enjuiciamiento negativo de la raíz misma del sistema de financiación autonómica (que las comunidades autónomas puedan establecer mayores beneficios para sus residentes que para los no residentes), a la extensión de su razonamiento a las diferencias entre residentes españoles en distintas comunidades autónomas o, entre otras, a la obligada asunción por el poder central del nivel de beneficios de las comunidades autónomas.

En cualquier caso, las comunidades autónomas han seguido diseñando beneficios fiscales para 2012 que, por corresponder la legislación estatal a la obligación real de contribuir, no son aplicables a los no residentes en España.

La otra circunstancia se reduce a destacar que, ante la situación de la recaudación autonómica, han sido varias las comunidades autónomas que han establecido el tramo autonómico del Impuesto sobre ventas minoristas de determinados hidrocarburos. Impuesto, por otro lado, llamado a desaparecer y a ser subsumido en el Impuesto Especial de Hidrocarburos.

II. COMENTARIO DE LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES EN LEYES AUTÓNOMICAS

En los apartados siguientes se analizan las normas con rango de ley que durante 2011 y primeros meses de 2012 se han dictado por las distintas comunidades autónomas (todas excepto Asturias) sobre el Impuesto del Patrimonio, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD).

- 1. Andalucía. Ley 17/2011, de 23 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se modifican el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos; la Ley de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad; la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía; diversos preceptos relativos al Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA); la Ley de reordenación del sector público de Andalucía; y la Ley del Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía; así como se adoptan medidas en relación con el Impuesto sobre los Depósitos de Clientes en las Entidades de Crédito en Andalucía; Ley 18/2011, de 23 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2012.**

1.1. Impuesto sobre el Patrimonio

Mediante la Ley 17/2011 la Comunidad Autónoma de Andalucía eleva el mínimo exento para personas con discapacidad y regula el tipo de gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio. La primera observación sobre esta ley ordinaria es que recoge la regulación que anticipó el Decreto-Ley 2/2011, de 25 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía y que, formalmente, lo que se hace es

modificar el *Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos*, aprobado por Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre.

En cuanto al contenido, dos son las novedades:

- Antes de que el Real Decreto-Ley 13/2011 restableciera el impuesto, en Andalucía existía un mínimo exento para discapacitados más elevado que el mínimo exento general. Sin embargo, ese mínimo (que era de 250.000 euros) quedaba ampliamente superado por el nuevo mínimo general de 700.000 euros que aprobó en septiembre la norma estatal. Para rectificar el sinsentido de tener un mínimo exento para discapacitados menor que el general, esta comunidad autónoma ha establecido que, con efectos desde el día 1 de enero de 2011, en el caso de que el sujeto pasivo tenga la consideración legal de persona con discapacidad, el mínimo exento en el Impuesto sobre el Patrimonio se fija en 700.000 euros. Por tanto, al igualar el de discapacitados al general, diluye la ventaja comparativa que antes tenía este colectivo.
- En cuanto al tipo de gravamen, el artículo 16 bis del texto refundido incorpora la siguiente escala:

Base liquidable – Hasta euros	Cuota – Euros	Resto base liquidable – Hasta euros	Tipo aplicable – Porcentaje
0,00	0,00	167.129,45	0,22%
167.129,45	367,68	167.123,43	0,33%
334.252,88	919,19	334.246,87	0,55%
668.499,75	2.757,55	668.499,76	0,99%
1.336.999,51	9.375,70	1.336.999,50	1,43%
2.673.999,01	28.494,79	2.673.999,02	1,87%
5.347.998,03	78.498,57	5.347.998,03	2,31%
10.695.996,06	202.037,33	en adelante	2,75%

Si se compara con la estatal que antes recogíamos, se aprecia que en Andalucía el impuesto es algo superior.

1.2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

A la ya extensa regulación andaluza de este impuesto se añade para 2012 una tarifa propia que difiere de la general del Estado en que los dos últimos tramos de base liquidable (los de 398.777,54 y 797.555,08) se gravan a un tipo superior (31,75 y 36,5 los marginales andaluces frente a 29,75 y 34% en la escala general). En concreto, los tres tramos finales de la escala andaluza quedan del siguiente modo:

Base liquidable – Hasta euros	Cuota íntegra – Euros	Resto base liquidable – Hasta euros	Tipo aplicable – Porcentaje
239.389,13	40.011,04	159.388,41	25,50
398.777,54	80.655,08	398.777,54	31,75
797.555,08	207.266,95	en adelante	36,50

1.3. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

1.3.1. Concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO)

- Ya mediante la Ley 8/2010, de 14 de julio, de medidas tributarias de reactivación económica de la Comunidad Autónoma de Andalucía se distinguió entre un tipo general del 7 por 100 y unos tipos de gravamen incrementados para las transmisiones patrimoniales onerosas de bienes inmuebles (así como en la constitución y en la cesión de derechos reales que recaigan sobre los mismos, excepto en los derechos reales de garantía) del 8 por 100 para el tramo del valor real que superara la cuantía de 400.000 euros. Para el caso de garajes esa cifra se dejaba en 30.000.

Ahora, se reestructura al alza el esquema de tipos impositivos y se presenta claramente en forma de escala:

Base liquidable – Hasta euros	Cuota íntegra – Euros	Resto base liquidable – Hasta euros	Tipo aplicable – Porcentaje
0,00	0,00	400.000,00	8,00
400.000,01	32.000,00	300.000,00	9,00
700.000,01	59.000,00	en adelante	10,00

En el caso de plazas de garaje, salvo en el caso de los garajes anejos a la vivienda con un máximo de dos, la cuota tributaria se obtendrá aplicando sobre la base liquidable el tipo que resulte de la siguiente tarifa:

Base liquidable – Hasta euros	Cuota íntegra – Euros	Resto base liquidable – Hasta euros	Tipo aplicable – Porcentaje
0,00	0,00	30.000,00	8,00
30.000,01	2.400,00	20.000,00	9,00
50.000,01	4.200,00	en adelante	10,00

- Existía ya un tipo de gravamen reducido del 3,5 por 100 «para promover una política social de vivienda», que beneficiaba a adquisiciones de inmuebles de valor inferior a 130.000

euros en determinados supuestos. Lo que se hace con la nueva norma es elevar esa cifra hasta los 180.000 euros en el caso de que se destine a vivienda habitual del adquirente y este tenga la consideración legal de persona con discapacidad.

1.3.2. Documentos notariales

Desde 2004 el tipo de gravamen general para los documentos notariales era del 1 por 100. La Ley 17/2011 lo eleva al 1,2 por 100.

Por otro lado, mantiene, con alguna diferencia respecto del texto que fijó la Ley 11/2010, un tipo de gravamen especial «para promover una política social de vivienda». En concreto, se mantiene el 0,3 por 100 en la adquisición de viviendas y constitución de préstamos hipotecarios efectuadas por sujetos pasivos menores de 35 años, siempre que concurren determinados requisitos, pero se reduce hasta el 0,1 por 100 si el sujeto pasivo es discapacitado y cumple:

- a) Para el caso de adquisición de vivienda, que el inmueble adquirido se destine a vivienda habitual y su valor real no sea superior a 180.000 euros.
- b) Para el caso de constitución de préstamo hipotecario, que este se destine a la adquisición de vivienda habitual de valor real no superior a 180.000 euros y siempre que el valor del principal del préstamo no supere esta cantidad.

2. Aragón. Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón

Por distintos motivos, la aprobación de los presupuestos para 2012 y de la ley de «acompañamiento» se han retrasado hasta febrero y marzo de 2012, respectivamente. En el orden tributario que ahora nos atañe, tal demora es la explicación de la disposición transitoria cuarta (Graduación temporal de la efectividad de determinadas medidas fiscales) que dispone en su primer apartado que *los beneficios fiscales regulados en la presente ley serán efectivos desde 1 de enero de 2012*. Por tanto, con tal previsión, se dan efectos retroactivos expresos a todas las medidas de la Ley 3/2012 que puedan reputarse como beneficios fiscales.

2.1. Impuesto sobre el Patrimonio

Como ni existía norma autonómica previa, ni contiene la nueva ley ninguna previsión sobre este impuesto, se exigirá el tributo en los términos en que lo fijó la norma estatal en septiembre de 2011.

2.2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

La Ley 3/2012 incluye una amplia batería de beneficios en los dos conceptos del impuesto. Unos de carácter general (fundamentalmente la bonificación del 20% que se irá ampliando hasta el

100% en 2015, *ley dixit*) y otros vinculados a la creación de empleo. Tanto la ley como nuestro resumen presentan formalmente separados por conceptos impositivos los distintos beneficios, pero hay que advertir que, teniendo idéntico fundamento, los requisitos son prácticamente los mismos, sean adquisiciones mortis causa o inter vivos.

Habitual nota común a los beneficios que dependen del mantenimiento plurianual de algún tipo de requisito es, en la legislación aragonesa, la mención de que deberá presentarse una autoliquidación complementaria por el importe de las cantidades dejadas de ingresar junto a los correspondientes intereses de demora, en el plazo de un mes a contar desde el día en que se produzca el incumplimiento.

Finalmente apuntamos que las reglas de incompatibilidad, que incorpora cada uno de los nuevos beneficios, hacen de su aplicación una delicada tarea.

2.2.1. Concepto «mortis causa»

- Se establece una reducción del 30 por 100 cuando se adquieren empresas por quienes, por no reunir el grado de parentesco exigido, no pueden aplicarse el beneficio autonómico del 99 por 100 ya existente para adquisiciones de la «empresa familiar».

Sus elementos más relevantes son:

- Beneficiarios: causahabientes distintos del cónyuge y descendientes. Por tanto, y a modo de ejemplo, los ascendientes y colaterales de tercer grado, que se aplican el 99 por 100 solo si no hay cónyuge o descendientes, podrán aplicarse el 30 por 100 si estos existen.
- Bien relicto objeto del beneficio: empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidad siempre que en los tres años anteriores a la adquisición desarrollase una actividad económica, sin que pueda tener como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario a que se refiere el artículo 4.8.Dos a) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio.

En la empresa debía existir, al menos, un trabajador empleado con contrato laboral y a jornada completa.

- Requisito de mantenimiento: que se mantenga la plantilla media de trabajadores respecto al año anterior a la adquisición, en términos de personas/año regulados en la normativa laboral, durante un periodo de cinco años.

A estos efectos, se computarán en la plantilla media a los trabajadores sujetos a la normativa laboral, cualquiera que sea su relación contractual, considerando la jornada contratada en relación con la jornada completa y cuando aquella fuera inferior a esta se calculará la equivalencia en horas.

- Reducción del 30 por 100 por la creación de empresas y empleo.

El beneficio ayuda no a quien recibe un patrimonio empresarial, sino a quien destina el dinero heredado a la creación de una empresa.

Sus elementos más relevantes son:

- Es una reducción propia de la Comunidad Autónoma de Aragón del 30 por 100 que se aplica cuando se hereda dinero y se destina a la creación de una empresa individual o societaria con actividad económica durante cinco años desde su creación.
- No se exige ningún grado de parentesco. Lo cual evidencia que lo importante es la creación de empresas y no tanto que estas no salgan de un determinado círculo familiar.
- Base de la reducción: el dinero invertido por el adjudicatario de ese capital. Debe destacarse que lo que hay que emplear en crear una empresa es «dinero». Por tanto no cualquier otro bien no dinerario. En términos estrictos, las inversiones financieras, por muy líquidas que sean, no son «dinero». Al comentar la normativa balear se volverá sobre esta cuestión.
- Requisitos temporales:
 - Hay 18 meses desde el fallecimiento para destinar el dinero a crear la empresa y emplear a un trabajador con contrato laboral y a jornada completa distinto del contribuyente al que se aplique la reducción.
 - La reducción deberá aplicarse en el periodo voluntario de declaración. Por lo tanto puede darse el caso de aplicarse la reducción (para lo que normalmente hay un plazo de seis meses desde el fallecimiento) antes de haber iniciado la inversión empresarial (hasta 18 meses desde el mismo día).
- Requisito de mantenimiento: durante cinco años desde su creación, deberá mantenerse la actividad económica, los puestos de trabajo y el nivel de inversión que se tome como base de la reducción.
- Incompatibilidades con otros beneficios en este concepto impositivo: con la reducción «general» regulada en el artículo 131.5 (150.000 euros) y con la bonificación «general» del artículo 131.8 (20%).
- Bonificación del 20 por 100 en la cuota tributaria derivada de adquisiciones mortis causa y de cantidades percibidas por beneficiarios de seguros sobre la vida que se acumulen al resto de bienes y derechos que integren la porción hereditaria del beneficiario.

Con esta medida se incorpora Aragón a las comunidades autónomas (la inmensa mayoría) que han optado por la supresión del impuesto. La diferencia con otras es que aquí se hace de un modo paulatino y que el programa de supresión (siempre referida a grupos I y II) se incorpora en el articulado de la ley. No en la exposición de motivos, en el articulado. Así, el nuevo artículo 131.8 señala en su apartado 2 que «El anterior porcentaje de bonificación se irá incrementando en las leyes de presupuestos de los próximos años hasta alcanzar el 100 por 100 en 2015».

Posiblemente, conforme a la habitual técnica legislativa, el compromiso o plan tributario del gobierno de Aragón hubiera estado mejor ubicado en la exposición de motivos que entre los preceptos de la norma. Pero al margen de esta cuestión formal, nos parece que el incorporarlo en un artículo no supone, frente a otras alternativas, ningún blindaje jurídico infranqueable. Por la sencilla razón de que una ley posterior podría disponer en contrario. Sí que es verdad que, en ausencia de tal hipotética ley posterior, en 2015 la reducción aplicable sería del 100 por 100.

Otra singularidad es que se proyecte llegar a un beneficio del 100 por 100 cuando en otras comunidades autónomas el beneficio llega hasta el 99 por 100. Sobre la misma, entendemos que no hay ningún impedimento en la capacidad normativa autonómica para extender el beneficio hasta el porcentaje del 100 por 100.

Cerramos esta introducción sobre las singularidades de la bonificación aludiendo a que es un elemento de la liquidación que hasta esta ley no había utilizado el legislador aragonés en el impuesto. Hasta ahora, los beneficios se instrumentaban como reducciones de la base imponible. Sobre este cambio opinamos que, en principio, las diferencias entre una reducción del 100 por 100 o una bonificación del 100 por 100, son irrelevantes. Tanto respecto de la capacidad normativa autonómica para establecerlas como en los efectos prácticos para Administración y contribuyentes.

En cuanto al régimen de incompatibilidades, estas abarcan a las reducciones de menores de edad (que son del 100% hasta 3.000.000 de euros), a la general (de 150.000 euros) y la nueva del 30 por 100 por creación de empresas.

También se regula su incompatibilidad con la reducción de hasta 300.000 euros existente en el concepto «donaciones».

2.2.2. Concepto de «donaciones»

- Reducción del 30 por 100 por la adquisición ínter vivos sobre participaciones en entidades por donatarios distintos del cónyuge o descendientes.

Esta reducción nace con la condición de reducción propia de la Comunidad Autónoma de Aragón y es el equivalente en «donaciones» al beneficio ya comentado en el concepto mortis causa. Afecta solo a la donación de participaciones porque las de empresa individual tienen ya una reducción del 99 por 100 (como mejora de la estatal) en el artículo 132.1.

- Reducción del 30 por 100 en adquisiciones ínter vivos cuando se destina dinero a inversiones empresariales.

Es también un beneficio que tiene su equivalente en las adquisiciones hereditarias con el que comparte además sus requisitos.

La incompatibilidad la tiene con la reducción general en el concepto «donaciones» del 132.2 (300.000 euros) y con la bonificación general del 132.6 (20%).

- Bonificación del 20 por 100 en adquisiciones lucrativas ínter vivos.

Se diseña el beneficio con los mismos requisitos y proyección futura que la bonificación del 20 por 100 para las adquisiciones mortis causa. Es incompatible con la reducción general de 300.000 euros y con la nueva bonificación del 30 por 100 por creación de empresas.

2.3. *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas*

- Cuando sea aplicable el supuesto de no sujeción al IVA referido a la transmisión de una unidad económica autónoma, los inmuebles que pudieran incluirse en la misma no tributarán en TPO al tipo general (del 7%) sino al nuevo tipo especial del 4 por 100.

La aplicación del tipo especial está condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que, con anterioridad a la transmisión, el transmitente ejerciese la actividad en Aragón, de forma habitual, personal y directa.
- Que el adquirente mantenga la plantilla media de trabajadores respecto al año anterior a la transmisión, en términos de personas/año regulados en la normativa laboral, durante un periodo de cinco años.

Conforme al criterio que prevalece en otros impuestos (por ejemplo tipo especial para microempresas en el Impuesto sobre Sociedades) parece que únicamente podrán tomarse en consideración los trabajadores que hayan sido empleados en los términos previstos en la legislación laboral y presten sus servicios en régimen de dependencia y por cuenta ajena por manifestarse las siguientes notas características: voluntariedad, remuneración, ajenidad y dependencia [así lo señala, entre otras, la Consulta 2661/2011 (NFC042958)].

- Que el adquirente mantenga el ejercicio de la actividad en Aragón, de forma habitual, personal y directa, durante un periodo mínimo de cinco años.
- El nuevo artículo 121.10 señala que «la constitución de fianzas en la subrogación y novación de préstamos y créditos hipotecarios, sujetas al concepto de "transmisiones patrimoniales onerosas" del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, tendrán una bonificación del 100 por 100 sobre la cuota tributaria.»

No son pocos los casos en los que en la escritura de «renegociación» del préstamo se producen dos convenciones diferentes, una, la novación o subrogación en el préstamo hipotecario, con o sin ampliación del mismo, y otra, la inclusión de una fianza solidaria.

La operación de subrogación o novación goza en la norma estatal de importantes beneficios que fueron ampliados además en Aragón en los últimos años. Pero la constitución de una fianza como operación accesoria de la novación no ha tenido beneficio hasta la publicación de esta norma.

Para delimitar adecuadamente su ámbito de aplicación hay que recordar que si la garantía personal la presta un sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), la operación está sujeta y exenta en tal impuesto y no tributa por TPO.

Pero si la fianza es prestada por un particular, y por tanto potencialmente queda sujeta a tal concepto impositivo, su régimen es, conforme al artículo 15 del Texto Refundido del Impuesto y el 25 del Reglamento, el siguiente:

- Al no constituirse en el mismo momento de la concesión del crédito hipotecario, sino en un momento posterior, el de su novación, no cumple el requisito de simultaneidad y, por lo tanto, estará sujeta a la modalidad de TPO.
- Sujeto pasivo es el acreedor afianzado, es decir, el banco.

Lo que hace la ley autonómica actual es bonificar al 100 por 100 la constitución de estas fianzas posteriores al otorgamiento del préstamo y prestadas por quien no es sujeto pasivo del IVA.

2.4. Normas procedimentales

2.4.1. Propuestas de liquidación con acuerdo

Como es sabido, la comprobación de valores es la más frecuente fuente de conflicto entre Administración autonómica y contribuyentes. Esta medida lo que pretende es disminuir esa litigiosidad permitiendo flexibilizar la forma de terminación de este tipo de procedimientos. Claramente inspirada en la regulación de las actas con acuerdo, introduce una nueva Sección 5.^a de «Propuestas de liquidación con acuerdo» en el Capítulo I del Título II del texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón.

Sus características principales son las siguientes:

- Se permite concretar, exclusivamente en los procedimientos de comprobación limitada, la valoración de un bien mediante un acuerdo con el obligado tributario. De esta restricción debe destacarse que el acuerdo no cabe en los procedimientos de comprobación de valor.
- Procedimentalmente se inician las actuaciones cuando el obligado tributario formula una propuesta con el fin de alcanzar un acuerdo.

A la vista de la propuesta, la unidad gestora solicitará autorización para la suscripción de la propuesta de liquidación con acuerdo del órgano competente para liquidar.

El acuerdo se perfecciona mediante la suscripción de la propuesta de liquidación por el obligado tributario o su representante y el órgano competente para efectuar la valoración.

Una vez firmado el acuerdo se entenderá dictada y notificada la liquidación según la propuesta formulada en el mismo, si transcurrido el plazo de 10 días, contados a partir del día siguiente al de la fecha del acuerdo, no se ha notificado al obligado tributario una liquidación del órgano competente para rectificar, en su caso, los errores materiales que pudiera contener el acuerdo.

- Efectos del acuerdo:
 - El contenido de la propuesta de liquidación con acuerdo se entenderá íntegramente aceptado por el obligado tributario y la Administración tributaria.
 - La liquidación derivada del acuerdo solo podrá ser objeto de impugnación o revisión en vía administrativa por el procedimiento de declaración de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 217 de la Ley General Tributaria (LGT), sin perjuicio del recurso que pudiera proceder en vía contencioso-administrativa por la existencia de vicios en el consentimiento.
 - La falta de suscripción de una propuesta de liquidación con acuerdo no podrá ser motivo de recurso o reclamación contra las liquidaciones derivadas del procedimiento.

Como ya se ha dicho, es evidente que la norma está basada en la figura de las actas con acuerdo y lo que se pretende es usar esta forma de terminación de un procedimiento en el ámbito gestor. Sin embargo, presenta la nueva regulación importantes diferencias con las actas con acuerdo:

- El ámbito de la medida aragonesa es más reducido porque se circunscribe a las comprobaciones de valor, no a otros extremos que sí se contemplan en la LGT para el procedimiento inspector.

El que no se incluya entre los supuestos de esta propuesta los conceptos jurídicos indeterminados o la apreciación de hechos, evidencia que no se busca una regulación genérica de un nuevo modelo de procedimiento o una de terminación convencional del de comprobación limitada.
- No se establece mención alguna al procedimiento sancionador, que por tanto tendrá la instrucción general que proceda. Con todo, son excepcionales los supuestos en que se instruyen procedimientos sancionadores con motivo de una comprobación de valor.
- No se exige constitución de depósito. El fin perseguido no es tanto el cobro inmediato de la deuda sino la certeza sobre el importe de esta. Y para tal fin, el depósito no puede reputarse como «requisito previo indispensable».

2.4.2. Notificaciones tributarias mediante un sistema de dirección electrónica

Al modo en que la Agencia Estatal de Administración Tributaria ha establecido el denominado NEO, la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma de Aragón podrá acordar la asignación de una dirección electrónica a los obligados tributarios que no sean personas físicas con aplicación de lo dispuesto en los apartados segundo y tercero del artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Para personas físicas o, en general, para cualquier supuesto en que este sistema no resulte obligatorio, para que la notificación se practique utilizando algún medio electrónico, se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o haya consentido su utilización.

Finalmente señalamos que se establece por la ley que podrá utilizarse la dirección electrónica previamente asignada por otra Administración Tributaria.

3. Baleares. Decreto-Ley 6/2011, de 2 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, de Medidas Tributarias Urgentes

3.1. Impuesto sobre el Patrimonio

Se neutraliza la reactivación del impuesto a la que aludíamos al inicio de este trabajo porque el artículo 5 del Decreto-Ley 6/2011 establece una bonificación autonómica del 100 por 100 a favor de los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir que residan habitualmente en las Illes Balears.

3.2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

3.2.1. Reducciones para creación de empresas y empleo

Se crean en los dos conceptos fundamentales del impuesto (adquisiciones mortis causa e ínter vivos) sendas reducciones propias por adquisiciones dinerarias destinadas a la creación de nuevas empresas y empleo en la línea de las ya citadas en Aragón.

Conviene recordar que esta Comunidad ya tenía una reducción del 99 por 100 en las donaciones dinerarias de padres a hijos o a otros descendientes para constituir o adquirir una empresa individual o un negocio profesional o para adquirir participaciones en entidades, cuando se creaban nuevos puestos de trabajo siempre que la cifra de negocios no superara los 6 o 2 millones de euros, en el caso de adquisición, respectivamente, de empresa individual o negocio profesional. La reducción en uno y otro concepto se define sobre parámetros similares, debiéndose destacar como diferencia que en las donaciones se limita el ámbito en función del parentesco, ya que solo es posible de padres a hijos o a otros descendientes o entre colaterales hasta el tercer grado. El que la donación deba formalizarse en escritura pública (haciendo constar de forma expresa que el donatario tiene que destinar el dinero a la creación de una nueva empresa) o que, para la mortis causa se precise quién se aplica el beneficio (el derechohabiente que destine el dinero adquirido a las finalidades previstas en este artículo), son matices derivados de la especificidad de cada forma de adquisición.

En cuanto a los requisitos comunes a ambas reducciones pueden destacarse los siguientes:

- Lo que debe donarse o heredarse es «dinero», no «capital», «bienes» o un determinado valor económico. En nuestra opinión, y por próximo que sea su grado de liquidez, los fondos invertidos en activos monetarios son bienes jurídicamente diferenciados del «dinero».
- La empresa creada deberá desarrollar una actividad económica, sin que pueda tener como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.8.Dos a) de la Ley 19/1991, ni dedicarse a la actividad de arrendamiento de inmuebles.

El citado artículo 4.8.Dos no es precisamente una de las normas más claras de nuestro ordenamiento (pues básicamente la definición de actividad principal la deriva a una determinada composición del activo y, en concreto, a tener afecto a una explotación económica más de un 50% de los activos), pero es llamativo que pocos impuestos y legisladores resisten la inercia de tomarlo como piedra angular en la definición de lo que es actividad económica frente a mera tenencia.

La exclusión del ámbito del beneficio de la actividad del arrendamiento inmobiliario tiene en la práctica, como efecto indirecto, la ventaja de reducir uno de los focos de conflictividad habituales en casi todos los impuestos. Así, en la imposición directa puede considerarse tanto actividad empresarial como no empresarial, derivándose de ahí, ni más ni menos, exenciones (como en el Impuesto sobre el Patrimonio) o reducciones tan importantes como las del ISD. En la imposición indirecta (en concreto, y según doctrina administrativa, en el gravamen de operaciones societarias) también coexisten las dos posibilidades. Y en todos estos impuestos, directos e indirectos, el criterio de distinción es el establecido por la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) pero interpretado desde hace unos meses al modo *sui generis* del Tribunal Económico-Administrativo Central. Por su parte, el IVA elude tan alambicada opción y trata siempre al arrendador como sujeto pasivo. Aunque, por no ser menos, a la hora de entender si los bienes afectos a un arrendamiento constituyen o no una unidad económica autónoma, la Ley del IVA también contribuye a la originalidad. A la vista de este panorama resulta, por tanto, que queriendo o no, el legislador balear evitará con la exclusión del arrendamiento del beneficio más de un conflicto a sus ciudadanos con su Administración.

- Hay que crear empleo. Como mínimo, la empresa creada deberá emplear a una persona domiciliada fiscalmente en las Illes Balears con un contrato laboral a jornada completa y dada de alta en el régimen general de la Seguridad Social, distinta del contribuyente que aplique la reducción y de los socios o partícipes de la empresa.

Dado que expresamente se pide el alta en el régimen general conviene recordar [y siempre que la Administración balear lo interprete, pues es la competente para ello, en los términos en que lo hace la DGT en otros impuestos, por ejemplo en la Consulta V0718/2011 (NFC040858)] que, en la normativa de la Seguridad Social, los socios trabajadores con control efectivo, deben tramitar su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y no en el régimen general de la Seguridad Social.

En la misma línea hay que traer a colación la calificación como mercantil (y no como laboral) de la relación de un consejero-administrador con su entidad [Tribunal Supremo. Sentencia de 24 de mayo de 2011 (NSJ040064)].

En esta sentencia, en recurso de casación para la unificación de doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se analiza el caso de un administrador único que, tras su cese como administrador, había solicitado la reanudación de su relación laboral especial sobre la base de que dicha relación laboral había quedado suspendida en el momento en que había pasado a ser administrador único. El Tribunal confirma su criterio de calificar como mer-

cantil (y no como laboral) la relación del consejero-administrador, cuando se desempeñan simultáneamente las actividades propias de dicho cargo con la alta dirección.

Debe destacarse por último que, a diferencia de otros beneficios, se exige jornada completa, por lo que lo decisivo es tal circunstancia y no las horas totales trabajadas por la plantilla de la empresa.

- En el plazo máximo de 18 meses desde el devengo del impuesto, el dinero adquirido deberá destinarse a la creación de la empresa y deberá cumplirse el requisito de creación de empleo.
- Durante cuatro años desde la creación de la empresa deberán mantenerse la actividad económica, los puestos de trabajo y el nivel de inversión que se tome como base de la reducción. Entendemos que centrar el beneficio en el mantenimiento de la actividad económica (no obliga la norma expresamente a mantener la misma actividad durante los cuatro años), y no en la mera titularidad de bienes (como se hace en la interpretación del requisito de mantenimiento en los beneficios de la ley estatal) es un acierto a poco que se comparta que lo decisivo es generar actividad y no solo «tener» bienes.

Más complicado en la práctica puede resultar cómo medir el nivel de inversión pues, por ejemplo, ceñirlo exclusivamente a un determinado importe de inmovilizado puede resultar contradictorio con el espíritu que anima al beneficio. Incluso con carácter previo habría que delimitar a qué inversión se refiere, si a la que ha hecho el contribuyente para crear la empresa o a la que esta ha hecho con el capital invertido por aquel.

El ámbito temporal (los cuatro años) está perfectamente definido, como también nos lo parece el que no se trata exactamente de tener al cabo de los cuatro años el mismo número de trabajadores con los que se inició la actividad (la norma solo exige uno), porque el requisito no se cumple en la fecha final por referencia a la inicial, sino que debe ser constante a lo largo de los cuatro años. Es decir, que quien crea un puesto de trabajo pero prescinde al cabo de un tiempo de él, no podrá entender cumplido el requisito por el mero hecho de volver a contratar a una persona un día antes de que expire el plazo de los cuatro años.

En el caso de la actividad económica, los cuatro años imponen un ininterrumpido tracto sucesivo durante ese tiempo que quizás, por lógica, no puede excluir algún justificado periodo de «inactividad».

Por lo que respecta al nivel de inversión, y en congruencia con el requisito que a continuación se cita, no toda disminución del mismo debería conllevar el perjuicio de perder el beneficio, pues mientras se mantenga un mínimo de 200.000 euros (o el importe sobre el que se haya aplicado la reducción), debería entenderse cumplido el mantenimiento.

- La base de la reducción será el importe del dinero que, adquirido ínter vivos o mortis causa, sea efectivamente invertido en la creación de la empresa, con un máximo de 200.000 euros.

En la interpretación de este requisito debe tenerse muy presente que el carácter fungible del dinero obliga a tener que probar que realmente se adquirió dinero. Primero por evitar aflojamientos de rentas no declaradas, pero también para evitar que, adquiriendo un bien no

dinerario, pretenda justificarse el beneficio argumentando que se ha invertido con dinero ya poseído una cifra igual o superior a lo adquirido lucrativamente.

- Se establece un límite para el tamaño de la empresa creada porque la cifra anual de negocios de la empresa no podrá superar el límite de 2.000.000 de euros durante cuatro años, calculada como prevé el artículo 108 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (el que define a las empresas de reducida dimensión).
- El adquirente, donatario o heredero, debe tener un patrimonio preexistente inferior a 400.000 euros.
- En el caso de que la empresa se desarrolle con forma societaria, la adquisición de participaciones ha de ser originaria, esto es, debe producirse o al constituir la sociedad o en una ampliación de capital y, además, debe «controlarse» la sociedad dado que tales participaciones deberán representar a más del 50 por 100 del capital social de la entidad.

Esas participaciones deben permanecer en el patrimonio del donatario durante un periodo mínimo de cuatro años.

- No debe existir vinculación entre el adquirente de las participaciones y el resto de socios, en los términos previstos en el artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Conviene recordar a estos efectos que la vinculación que se define en ese artículo no se da entre personas físicas sino que exige, al menos, la presencia de una entidad.

3.2.2. Coeficientes multiplicadores: cuota íntegra corregida en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

Modificando el apartado 1 del artículo 14 de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del ISD (norma balear que contiene la regulación autonómica sobre el tributo), se establecen para cualquier concepto del impuesto unos coeficientes multiplicadores similares a los regulados en la ley estatal, eso sí, «redondeando» los tramos de patrimonio preexistente.

3.3. *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*

3.3.1. Concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas

3.3.1.1. Tipo de gravamen reducido del 3,5 por 100 aplicable a la transmisión de inmuebles que tengan que constituir la sede del domicilio fiscal o un centro de trabajo de sociedades o empresas de nueva creación

- Se intenta privilegiar a quien inicia una actividad económica porque se exige darse de alta por primera vez en el censo fiscal de empresarios, profesionales y retenedores. En el caso de personas jurídicas societarias el requisito es exigible también a los socios.

- Requisito de mantenimiento: durante cuatro años desde la adquisición, deberá mantenerse el ejercicio de la actividad empresarial o profesional en el territorio de las Illes Balears. Por actividad económica se entiende, por delimitación negativa, no gestionar un patrimonio mobiliario o inmobiliario definido en los términos vistos en el apartado anterior. Además, la empresa tendrá el domicilio social y fiscal en las Illes Balears.
- Requisito formal: la adquisición (que no puede hacerse a una persona vinculada) deberá formalizarse en un documento público, en el que se hará constar expresamente la finalidad de destinar el inmueble a la sede del domicilio fiscal o a un centro de trabajo, así como la identidad de los socios y las participaciones de cada uno. No se podrá aplicar el tipo reducido si alguna de estas declaraciones no consta en el documento público, ni tampoco en caso de que se hagan rectificaciones del documento con el fin de subsanar su omisión, excepto que se hagan dentro del periodo voluntario de autoliquidación del impuesto.

Dada la tendencia a rebajar la importancia de los requisitos formales en la praxis tributaria, la expresa mención en la norma a la trascendencia de esas declaraciones debe considerarse, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, especialmente acertada.

- Requisito temporal: la adquisición del inmueble deberá tener lugar antes del transcurso de un año desde la creación de la empresa.
- Requisitos exigibles a la empresa: como mínimo deberá emplear a una persona domiciliada fiscalmente en las Illes Balears con un contrato laboral a jornada completa y dada de alta en el régimen general de la Seguridad Social, durante cuatro años y la cifra anual de negocios no podrá superar el límite de 2.000.000 de euros durante esos cuatro años.

3.3.1.2. Tipo de gravamen reducido aplicable a la transmisión de inmuebles incluidos en la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial en empresas individuales o negocios profesionales

Ya contaba esta comunidad con un tipo especial del 6 por 100 para estas operaciones. Lo que hace la norma es reducirlo hasta el 4 por 100. Conviene destacar, por lo que tiene de diferente a la norma aragonesa equivalente ya analizada, que se sigue manteniendo en la norma la expresión «totalidad del patrimonio empresarial o profesional», lo que reduce su ámbito si lo comparamos tanto con el artículo 7.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, como con la norma aragonesa ya que ambas aluden a una unidad económica autónoma.

Del resto de regulación hay que destacar que el mantenimiento de la actividad que ya se exigía se establece en cuatro años y que obliga a mantener la plantilla media de trabajadores respecto del año anterior a la transmisión.

En consonancia con otros beneficios, la cifra anual de negocios no puede superar los 2.000.000 de euros durante cuatro años y no debe haber ninguna vinculación entre el adquirente y el transmitente.

Para evitar desvirtuar el sentido del beneficio se establecen una serie de prohibiciones durante cuatro años:

- 1.º Realizar actos de disposición u operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de adquisición.
- 2.º Transmitir los inmuebles objeto de tipo reducido, excepto que la totalidad del importe se reinvierta en la adquisición de otros inmuebles situados en las Illes Balears. La reinversión se efectuará, de una sola vez o sucesivamente, en un periodo no superior a dos años desde la fecha de la transmisión.
- 3.º Desafectar los inmuebles objeto de tipo reducido o bien los inmuebles objeto de reinversión de la actividad empresarial o profesional.

3.3.2. *Actos Jurídicos Documentados*

- 3.3.2.1. Se crea un tipo de gravamen reducido del 0,5 por 100 aplicable a las escrituras notariales que documenten la constitución de préstamos y créditos hipotecarios para financiar la adquisición de inmuebles que tengan que constituir el domicilio fiscal o un centro de trabajo de sociedades o empresas de nueva creación

El beneficio tiene los mismos requisitos ya vistos al tratar del tipo especial en el concepto TPO para estas operaciones.

- 3.3.2.2. Tipo de gravamen reducido del 0,1 por 100 aplicable a las escrituras notariales que documenten la constitución de hipotecas unilaterales a favor de la Administración en garantía de aplazamientos o fraccionamientos de deudas

Para entender el alcance de esta medida hay que señalar, en primer lugar, que la constitución de hipotecas unilaterales es una de las posibilidades que existen de garantizar deudas con las Administraciones. Tiene en el ámbito hipotecario alguna singularidad pues (art. 142 de la Ley Hipotecaria) es posible la no simultaneidad entre su constitución por el dueño de la finca hipotecada y la aceptación de la persona a cuyo favor se establezca. Caso de aceptar, accede al registro por nota marginal con efectos retroactivos a la fecha de constitución de la misma.

En el ITP y AJD puede ser hecho imponible tanto del concepto TPO como del de AJD según su consideración en el IVA. Por tanto, en la imposición indirecta esta operación debe seguir la senda habitual de calificación. Es decir, la operación estará sujeta o no a IVA dependiendo fundamentalmente de si el que constituye la hipoteca unilateral es un empresario o profesional o un particular que no sea sujeto pasivo del IVA.

En ese segundo caso, la no sujeción a IVA determina que la operación estará sujeta al concepto de TPO. Dado que en este concepto el artículo 8 c) del TRLITP establece que será sujeto pasivo del impuesto «aquel a cuyo favor se realice este acto», el gravamen no podrá exigirse hasta que la aceptación se produzca, si se produce, pues en ese momento se concretará el acreedor hipotecario. Pero al ser el beneficiario una Administración pública, resultará exenta del impuesto por el artículo 45.I A) del TRLITP.

La vía normal para que la operación llegue a tributar por AJD y pueda aplicarse el tipo especial del 0,1 por 100 se da cuando el deudor hipotecante es sujeto pasivo del IVA. En efecto, la constitución de una hipoteca voluntaria por acto unilateral supone una primera copia de la escritura pública, con acto valuable, inscribible en el Registro de la Propiedad y no sujeto ni al ISD ni a las otras modalidades del ITP.

Sujeto pasivo en AJD es el adquirente del bien o derecho pero se establece (art. 29 del texto refundido) que, en su defecto, lo son las personas que «insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan». Esta regla subsidiaria es clave en los casos en los que la hipoteca unilateral está pendiente de aceptación (y derivativamente de conocer el adquirente del bien o derecho). De su aplicación resulta que el sujeto pasivo será quien haya instado la expedición de la escritura, es decir, el sujeto pasivo hipotecante.

La DGT [Consulta V2304/2010 (NFC039519)] entiende que la posterior aceptación de la hipoteca unilateral «no es un acto nuevo, independiente y autónomo de su constitución, sino accesorio o complementario de esta, ya que la aceptación de la hipoteca unilateral no tiene un contenido valuable diferente del que representa la garantía que se constituyó previamente. Entender lo contrario supondría una doble imposición de un único objeto valuable, lo cual resulta contrario a la finalidad de la ley».

Sin embargo, junto a esa «vía normal» de tributación en AJD hay que reseñar otra que dibuja la Consulta V2304/2010. Así, en el caso de hipotecante no sujeto pasivo del IVA, si la Administración no llega a aceptar la hipoteca unilateral, la escritura, al no tributar por el concepto de TPO, tributará por el concepto de AJD siendo sujeto pasivo del impuesto la persona que inste el documento.

Los requisitos para aplicar este tipo especial son:

- a) El hipotecante y deudor deberá ser un sujeto pasivo del IVA, con domicilio fiscal en las Illes Balears.
- b) El acreedor garantizado debe ser una Administración Pública territorial o institucional.
- c) En el documento público en el que se formalice el derecho real de garantía deberá hacerse constar expresamente que su finalidad es garantizar las obligaciones derivadas del incumplimiento del aplazamiento o fraccionamiento concedido, así como la resolución administrativa que fundamenta la concesión.
- d) La Administración Pública beneficiaria debe aceptar la hipoteca en los términos previstos en la legislación tributaria y recaudatoria.

4. Canarias. Ley 11/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales para el fomento de la venta y rehabilitación de viviendas y otras medidas tributarias

En la Ley 11/2011 se recogen medidas relativas al IRPF (Deducción por inversión en vivienda habitual adicional en función del nivel de renta, por obras de rehabilitación o reforma de viviendas

y por obras de adecuación de la vivienda habitual) y se establece como mínimo exento en el Impuesto sobre el Patrimonio la cifra de 700.000 euros.

5. Cantabria. Ley de Cantabria 5/2011, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y Ley de Cantabria 1/2012, de 12 de enero, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Medidas Fiscales en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 62/2008, de 19 de junio

En la Ley 5/2011 se incluye un capítulo sobre tributos cedidos (constituido por el art. 7) que, formalmente, modifica la norma que contiene la regulación fiscal cántabra (*Texto Refundido de la Ley de Medidas Fiscales en materia de Tributos cedidos por el Estado, aprobado mediante DLeg. 62/2008, de 19 de junio*).

Por su parte, la Ley 1/2012 reforma en varios aspectos el ISD, creando una bonificación autonómica del 99 por 100 de la cuota tributaria para los obligados tributarios incluidos en los grupos I y II e incrementando y flexibilizando tanto la reducción de la base imponible en las transmisiones de empresas familiares, como la bonificación en las donaciones de dinero metálico a descendientes destinadas a la adquisición o creación de una empresa.

El contenido más relevante de estas dos normas se analiza a continuación por impuestos.

5.1. Impuesto sobre el Patrimonio

Se da nueva regulación a los preceptos dedicados a este impuesto fijando con carácter general el mínimo exento en 700.000 euros y la escala de gravamen también como en la legislación estatal.

5.2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

5.2.1. Concepto «sucesiones»

La Ley 1/2012 recoge las siguientes modificaciones:

- La reducción autonómica del 98 por 100 en la adquisición mortis causa, de empresa individual, negocio profesional o participaciones, se eleva al 99 por 100 permaneciendo los requisitos y límites de la regulación anterior.
- Tras algún vaivén en los últimos meses, el beneficio para contribuyentes de los grupos I y II había consistido en una bonificación autonómica del 99, 95 o 90 por 100 de la cuota tributaria en función de que la base imponible no supere los 175.000 euros, 250.000 euros y 325.000 euros.

Este sistema escalonado de bonificación se sustituye por una única bonificación autonómica del 99 por 100 en la nueva Ley 1/2012.

5.2.2. Concepto «donaciones»

La Ley 5/2011 crea una bonificación autonómica del 99 por 100 de la cuota tributaria en la donación de la vivienda (o terreno para construirla) que vaya a constituir la residencia habitual del donatario, realizada a favor del cónyuge o pareja de hecho, cuando la donación se produzca como consecuencia de un proceso de ruptura matrimonial o de la ruptura de la convivencia de hecho, hasta los primeros 200.000 euros de valor real de la vivienda o terreno donados.

Como requisito formal deben constar (en instrumento público, o en el convenio regulador sobre los que no cabrán rectificaciones pasados tres meses) una serie de menciones:

- Que el donatario no tiene otra vivienda de similar o superior superficie, en el territorio de la comunidad autónoma.
- Que la vivienda donada, o la que se construya sobre el terreno donado, constituirá su residencia habitual.

El donatario deberá tener una renta inferior a 4 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) anual. A estos efectos se determinará el nivel de renta por la agregación de la diferencia entre base imponible general y el importe del mínimo personal y familiar, más la base imponible del ahorro de la última declaración del IRPF de los componentes de la unidad familiar del donatario que haya debido presentarse a la fecha de realización de la donación.

La Ley 1/2012 incorpora las siguientes modificaciones:

- La reducción del 95 por 100 en los casos de transmisiones íter vivos de bienes empresariales se eleva al 99 por 100 del valor de adquisición. Los requisitos siguen siendo los mismos, aunque la obligación del donatario de mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante 10 años, se rebaja a cinco años desde la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo.
- En lugar de la bonificación del 95 por 100 hasta los primeros 60.000 euros donados se crea una bonificación del 99 por 100 de la cuota tributaria hasta los primeros 100.000 euros donados, en las donaciones de metálico a descendientes y adoptados para la puesta en marcha de una actividad económica o para la adquisición de una ya existente o de participaciones en determinadas entidades.

Las diferencias principales entre los requisitos a cumplir en esta nueva versión del beneficio y la anterior son los siguientes:

- No se exige que sea la primera actividad económica del donatario.
- La edad máxima del donatario será de 36 años (y no 35).

- Desaparece la exigencia de que el donatario debiera tener una renta familiar inferior a 4 veces el IPREM anual.

Hay que destacar por último que la bonificación será del 100 por 100 hasta los primeros 200.000 euros donados si, durante los 12 meses siguientes a la constitución o adquisición de la empresa o negocio, o a la adquisición de las participaciones en la entidad, se da un incremento de su plantilla media total con respecto de la plantilla media de los 12 meses anteriores y dicho incremento se mantiene durante un periodo adicional de otros 24 meses.

5.3. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

5.3.1. Tipo impositivo del 4 por 100 en el concepto TPO y 0,3 por 100 en AJD aplicables a las transmisiones onerosas de inmuebles adquiridos por sociedades constituidas por menores de 36 años, siempre que el inmueble se destine a ser la sede de su domicilio fiscal o su centro de trabajo durante al menos los cinco años siguientes a la adquisición y que se mantenga durante el mismo periodo la forma societaria de la entidad adquirente. Los socios en el momento de la adquisición deberán mantener también durante dicho periodo una participación mayoritaria en el capital de la sociedad y su domicilio fiscal en Cantabria

Se establecen cautelas formales similares a las vistas en el concepto «donaciones»: debe hacerse constar en documento público el destino del bien, así como la identidad de los socios de la sociedad y la edad y la participación de cada uno de ellos en el capital social. No caben rectificaciones del documento que subsanen su omisión, salvo que las mismas se realicen dentro del plazo voluntario de presentación de la declaración del impuesto.

5.3.2. Tipo impositivo del 4 por 100 aplicable a las transmisiones onerosas de determinadas explotaciones agrarias a las que sea aplicable el régimen de incentivos fiscales previsto en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias

Las transmisiones onerosas del pleno dominio o del usufructo vitalicio de una explotación agraria prioritaria familiar, individual, asociativa o asociativa cooperativa gozan de una reducción del 90 por 100 de la base imponible del concepto TPO. La reducción es del 100 por 100 en caso de continuación de la explotación por el cónyuge supérstite.

Pues bien, para los casos de reducción del 90 por 100, por el 10 por 100 de base sujeta a tributación el tipo aplicable será el 4 por 100 y no el general del impuesto.

Dado que la normativa cántabra se remite a la Ley 19/1995, habrá que entender que los requisitos formales que se exigen en esta son también exigibles para aplicar el tipo especial cántabro. Ejemplo de uno de estos requisitos exigidos por la ley estatal es la constancia en la escritura pública de adquisición, y en el Registro de la Propiedad, de que si las fincas adquiridas fuesen enajenadas,

arrendadas o cedidas durante el plazo de los cinco años siguientes, deberá justificarse previamente el pago del impuesto correspondiente, o de la parte del mismo, que se hubiese dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora, excepción hecha de los supuestos de fuerza mayor

6. Castilla-La Mancha. Ley 15/2011, de 15 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de Emprendedores, Autónomos y Pymes

En la Ley 15/2011 se contiene un encargo del legislador al gobierno, y constituye ciertamente una técnica singular, para que este impulse la modificación de la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos en Castilla-La Mancha. La modificación que promueve el legislador (y cuyo inicio de tramitación requiere al ejecutivo) es la elevación hasta el 99 por 100 de los beneficios fiscales establecidos en esa Ley 9/2008 aplicables a la empresa familiar en el ISD. En concreto «para las transmisiones lucrativas de la empresa familiar respecto de los bienes y derechos afectos al desarrollo de la actividad empresarial o profesional».

En lo esencial, esa regulación a modificar es la que ahora se resume. En el artículo 8 de esa Ley 9/2008, todavía no modificada, se recoge, entre otras ahora irrelevantes, una bonificación en cuota del 95 por 100 para los sujetos pasivos incluidos en los grupos I y II (sin distinguir concepto impositivo y por tanto aplicable tanto a transmisiones mortis causa como inter vivos).

En el artículo 9 siguiente se detallan las normas para la aplicación de esa bonificación en donaciones. Tras una inicial precisión sobre la residencia del donatario y el mantenimiento de los derechos y bienes no dinerarios durante cinco años, se singulariza el caso de las adquisiciones de derechos sobre una empresa individual, un negocio profesional o participaciones en entidades (lo que suele entenderse por «empresa familiar» a que se refiere la nueva Ley 15/2011). Su cita es para definir este requisito de mantenimiento pues se considera cumplido cuando se den las condiciones señaladas en el artículo 20.6 c) de la LISD.

Con todo, parece claro que esta singularidad no alcanza el rango suficiente como para individualizar una reducción específica para estos casos. La que se les aplica es la general del artículo 8 de la ley castellanomanchega pero con ese matiz relativo al requisito de mantenimiento.

A la vista de este precedente normativo interpretamos que el actual mandato del legislador del 2011 llevará, para elevar el porcentaje general del 95 por 100 al 99 por 100 para la sucesión empresarial, a una definición de esta y a dotar al nuevo beneficio de un régimen normativo específico.

7. Castilla y León. Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras

La Ley 1/2012 contiene una prolija regulación en muy distintos ámbitos. Lo concerniente al tributario se recoge en el Título I, pero aunque afecta a impuestos que no son objeto de nuestro aná-

lisis, sí constituye un buen ejemplo de lo que advertíamos en la introducción sobre la tributación del juego y el Impuesto sobre ventas minoristas de determinados hidrocarburos en el que se regule el tramo autonómico fijando en 48 euros por cada 1.000 litros la cuota para gasolina y gasóleo.

En materia de tributación sobre el juego la ley introduce importantes modificaciones tanto respecto de las máquinas recreativas, bingo tradicional y electrónico, casinos y apuestas.

En el IRPF destacan la creación de una deducción por adquisición de vivienda habitual de nueva construcción aplicable en los próximos cinco años y una deducción para el fomento del auto- empleo.

8. Cataluña. Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras. Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos

8.1. Impuesto sobre el Patrimonio

La Ley 5/2012 fija el mínimo exento en 700.000 euros como en la normativa estatal. Además incorpora una bonificación del 95 por 100 de la cuota que corresponda a las propiedades forestales que dispongan de un instrumento de ordenación aprobado por la Administración forestal competente.

8.2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

La Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del ISD, estableció una reducción por sobreimposición decenal (cuando unos mismos bienes o derechos son objeto, en un periodo máximo de 10 años, de dos o más transmisiones por causa de muerte a favor del cónyuge, de los descendientes o de los ascendientes), permitiendo optar entre una reducción de cuantía equivalente al importe de las cuotas satisfechas por precedentes transmisiones por causa de muerte (sistema similar al de la ley estatal) o una escala de reducciones (entre el 10 y el 50%) según el plazo entre transmisiones.

La normativa estatal (art. 42 del Reglamento del Impuesto) contempla estos supuestos de «sobreimposición», si bien los restringe a transmisiones a favor de descendientes y solo les asocia la reducción equivalente a las cuotas satisfechas.

Sobre ese esquema, la Ley 7/2011 completa la regulación catalana con dos matices:

- Se deja claro que en la anterior adquisición debe haber existido una tributación efectiva sin perjuicio de las reducciones que procedan. La precisión resultaba innecesaria cuando el mecanismo fuera el de deducir las cuotas precedentes, pero no cuando la eliminación de la sobreimposición se efectúe mediante la escala de reducciones sobre el valor real de los bienes y derechos transmitidos.
- Y que siempre cabe la subrogación de bienes o derechos si se acredita de modo fehaciente. Esta cuestión está también recogida en la normativa estatal en parecidos términos, pues

señala esta que si los bienes transmitidos por primera vez han sido sustituidos por otros, y tal circunstancia se acredita fehacientemente, procede la reducción.

En la Ley 5/2012 se incorpora una precisión técnica para fijar como magnitud de cálculo de las reducciones de la base imponible el valor de los bienes y derechos menos cargas y gravámenes pero no de las deudas y gastos generales deducibles.

Esta medida, similar a la que otras comunidades autónomas han adoptado, hay que relacionarla con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009 (NFJ033174) contraria al criterio que marcó la DGT en su Resolución 2/1999 y con la polémica de si las reducciones de la base originadas por bienes concretos había que calcularlas sobre sus respectivos valores «brutos» o «netos». El Tribunal Supremo, para rechazar el hasta entonces criterio administrativo, argumentaba del siguiente modo: «... es cierto que la dicción literal del precepto cuestionado se refiere a que la reducción se aplicará sobre el "valor" de la empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades, sin que se especifique en la norma que por tal valor deba entenderse, como postula la recurrente, el valor neto de la adquisición individual de cada causahabiente, incluyendo, por tanto, las deudas y gastos generales de la herencia que correspondan a los mismos y, dentro de ellos, la parte proporcional del total de deudas dejadas por el causante y también la parte proporcional de los gastos de entierro y funeral, entre otros.

Tal interpretación no puede entenderse que corresponda, como defiende la parte recurrida de este recurso, al espíritu y finalidad de la norma, pues el precepto se refiere exclusivamente al valor de la empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades y esto es independiente conceptual y realmente del valor total de la base imponible, y está compuesto por el activo que dicho valor suma o aporta a la base y el pasivo exclusivamente ligado a él, por lo que la reducción ha de practicarse sobre el valor que dicho activo fiscalmente supone, sin la minoración de conceptos, como cargas o deudas extraños a él.

Esta Sala no confirma, por tanto, el criterio interpretativo de la resolución de la Dirección General de Tributos 2/1999, pues la ley habla del valor de una empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades como un valor separado y calculado con independencia del resto de la base, de forma que la reducción se practica sobre él, no sobre la parte proporcional que suponga, sobre la base, el neto de la empresa, negocio o participación. Imputar un porcentaje de las deudas y gastos generales, sin que aparezcan ligados a la empresa, supondría no aplicar una reducción en un 95 por 100 del valor de la empresa incluido en la base, como señala la ley, sino una reducción en un 95 por 100 de la parte proporcional de la base imponible correspondiente a la empresa».

Lo que hace la nueva norma catalana es regular por ley que el valor de cálculo de las reducciones es el valor bruto (eso sí, sin cargas ni gravámenes) y no el valor que interpreta el Tribunal Supremo sobre la ley estatal.

8.3. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

En la Ley 5/2012 se eleva del 1,5 por 100 al 1,8 por 100 el tipo de AJD en los documentos en que se haya renunciado a la exención en el IVA conforme a lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley del IVA. Y el tipo residual de este concepto pasa del 1,2 por 100 al 1,5 por 100.

De mayor interés teórico, y posiblemente práctico, son las bonificaciones en la cuota tributaria del impuesto que introduce la ley en su artículo 63 y que deben ir referidas a personas físicas y a su vivienda habitual.

La primera de ellas no es novedosa en el panorama autonómico y equipara parcialmente el trato fiscal de los créditos al de los préstamos hipotecarios.

Las otras tres giran sobre la situación, especialmente grave, de transmitir la vivienda como pago de una deuda. Sobre esta circunstancia se bonifica la entrega a la entidad financiera (siempre que se siga viviendo en ella y que se concierte un arrendamiento financiero que también va a estar bonificado) y su «recompra» en el plazo de 10 años.

Más en concreto, son las siguientes:

1. Equiparando de algún modo su tributación a la exención existente en la legislación estatal para idéntica operación en los préstamos hipotecarios, se establece una bonificación del 100 por 100 para las primeras copias de escrituras públicas que documenten la novación modificativa de los créditos hipotecarios pactada de común acuerdo entre el deudor y el acreedor, siempre y cuando este último sea una de las entidades a las que se refiere el artículo 1 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y que la modificación se refiera al tipo de interés inicialmente pactado o vigente o a la alteración del plazo del crédito o a ambas modificaciones, pero con un límite de 500.000 euros de base imponible.
2. Contemplando la situación de quienes se ven obligados a entregar su vivienda por no poder hacer frente a una deuda, se establece una bonificación del 100 por 100 en la modalidad de TPO, en la transmisión de la vivienda habitual que en favor de la entidad financiera acreedora, o de una filial inmobiliaria de su grupo, porque no puede hacer frente al pago de los préstamos o créditos hipotecarios concedidos para su adquisición.

El beneficio exige que el transmitente continúe ocupando la vivienda mediante contrato de arrendamiento con opción de compra firmado con la entidad financiera, como mínimo, por 10 años, sin perjuicio del derecho del arrendatario de volver a adquirir la vivienda antes de la finalización de este plazo. Esta exigencia no se penaliza fiscalmente porque, como de inmediato se dirá, también la operación de arrendamiento se bonifica totalmente.

Se establece un límite al beneficio al señalar que «El importe máximo de esta bonificación se fija en la cuantía equivalente a la aplicación del tipo impositivo sobre los primeros 100.000 euros de base imponible».

3. Se establece una bonificación del 100 por 100 para los contratos de arrendamiento con opción de compra firmados entre las entidades financieras acreedoras, o una filial inmobiliaria de su grupo, y los propietarios que transmiten la propiedad de su vivienda habitual a estas entidades. El beneficio normalmente jugará como complemento del anterior.

4. Hay una última bonificación para la adquisición de las viviendas por parte de las personas físicas que, al no hacer frente a los pagos, habían transmitido la vivienda a la entidad financiera acreedora o a una filial inmobiliaria de su grupo y que, posteriormente, y en el plazo de 10 años desde dicha transmisión, lo vuelven a adquirir.

9. Extremadura. Ley 1/2012, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2012

En Extremadura se ha optado por incorporar las medidas tributarias (sean impuestos propios, tasas o impuestos cedidos) a través de disposiciones adicionales en la Ley de Presupuestos.

9.1. Impuesto sobre el Patrimonio

Se mantiene el mínimo exento general establecido por norma estatal pero se incrementa para discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales de la siguiente forma:

- 800.000 euros, si el grado de discapacidad fuera igual o superior al 33 por 100 e inferior al 50 por 100.
- 900.000 euros, si el grado de discapacidad fuera igual o superior al 50 por 100 e inferior al 65 por 100.
- 1.000.000 de euros, si el grado de discapacidad fuera igual o superior al 65 por 100.

9.2. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

Con vigencia limitada a 2012 se establece un tipo de gravamen reducido del 0,1 por 100 en la modalidad de AJD para la adquisición y financiación mediante préstamos hipotecarios de las viviendas con protección pública calificadas como viviendas medias.

El tipo especial tiene como requisitos adicionales los siguientes:

- Que el valor real de la vivienda no supere los 122.606,47 euros.
- Un límite de renta definido como que la suma de las bases imponibles general y del ahorro del IRPF no sea superior a 19.000 (o 24.000 euros en tributación conjunta) y siempre que la renta total anual de todos los miembros de la familia que vayan a habitar la vivienda no exceda de 30.000 euros anuales, incrementados en 3.000 euros por cada hijo que conviva con el adquirente.

10. Galicia. Ley 12/2011, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas

En esta comunidad está todavía reciente el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, que es la norma que formalmente se modifica con la Ley 12/2011.

10.1. *Impuesto sobre el Patrimonio*

La Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo, fijó en su momento el mínimo exento en 108.200 euros, salvo en el caso de que el contribuyente fuera una persona discapacitada física, psíquica o sensorial con un grado igual o superior al 65 por 100, en el que se elevaba a 216.400 euros.

Dado que la norma estatal que reintroduce la vigencia del impuesto fija ese mínimo en 700.000 euros, el silencio del legislador gallego hubiera perjudicado a los allí residentes por cuanto la norma autonómica hubiera desplazado, a pesar de ser más «gravosa», a la estatal. Para evitarlo, la Ley 12/2011 señala que el mínimo exento en el Impuesto sobre el Patrimonio se establece en 700.000 euros.

10.2. *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*

- Deducción relativa a terrenos del Banco de Tierras. En el artículo 16 del texto refundido (dedicado a las deducciones y bonificaciones en la cuota íntegra en la modalidad de TPO) se contiene una deducción aplicable a la transmisión o a la cesión temporal de terrenos integrantes del Banco de Tierras de Galicia.

Esta deducción del 95 por 100 la introdujo la Ley 7/2007, de 21 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Galicia de medidas administrativas y tributarias para la conservación de la superficie agraria útil y del Banco de Tierras de Galicia, vinculándola (además de a un mantenimiento mínimo de 5 años y a su incompatibilidad con cualquier otro beneficio que pudiera ser de aplicación a esas transmisiones) a que la operación jurídica gravada se instrumentara a través de los mecanismos regulados en esa norma.

La Ley 12/2011 lo que hace, tras precisar como supuesto de hecho de la deducción las transmisiones en propiedad o la cesión temporal de terrenos integrantes del Banco de Tierras de Galicia, es exigir que tales negocios se hagan a través de los «nuevos» mecanismos previstos en la Ley 6/2011, de 13 de octubre, de movilidad de tierras.

- Tipo de gravamen aplicable en la primera adquisición de vivienda habitual. Se modifica la estructura de tipos en AJD (documentos notariales) que se había incorporado en 2010, resultando un tipo general de gravamen del 1 por 100 y dejando para la primera adquisición de vivienda habitual un 0,75 por 100.

- Deducción para la constitución de préstamos o créditos hipotecarios destinados a la cancelación de otros préstamos o créditos hipotecarios que fueron destinados a la adquisición de vivienda habitual.

Mediante la *Ley 8/2010, de 29 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Galicia, de medidas tributarias en el ITP y AJD para la reactivación del mercado de viviendas, su rehabilitación y financiación, y otras medidas tributarias*, se estableció una deducción del 100 por 100 de la cuota del Impuesto sobre AJD, en su modalidad de documentos notariales. Lo que básicamente hace ahora la Ley 12/2011 es extender a los créditos hipotecarios los beneficios de los préstamos hipotecarios.

- Se establece una nueva deducción del 100 por 100 en AJD (documentos notariales) para equiparar en las operaciones de subrogación, modificación o novación (en este último caso si se refiere al método o sistema de amortización o a cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo o crédito y con los requisitos subjetivos que exige el art. 1 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios), la tributación de los préstamos y créditos hipotecarios concedidos para la inversión en vivienda habitual.

11. La Rioja. Ley 7/2011, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2012

Se mantiene en esta comunidad la técnica legislativa de otros años compilatoria en un único texto de la normativa aplicable en cada año.

El Título I de la ley es el relativo a las medidas tributarias. Junto a modificaciones en la tributación sobre el juego, dirigidas a su reducción y justificadas por la protección de puestos de trabajo, se ha equiparado la tributación de los créditos y préstamos hipotecarios a los efectos de que también la primera figura permita la aplicación de la deducción prevista en la donación de dinero de padres a hijos para adquisición de la vivienda habitual.

12. Madrid. Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas

Junto a una precisión en el IRPF sobre la base de deducción por gastos de escolaridad, la medida más relevante en el ámbito de nuestro análisis es la del apartado Dos del artículo 1 que, referido al mínimo exento del Impuesto sobre el Patrimonio, da nueva redacción al artículo 19 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre.

La nueva redacción del artículo 19 es la siguiente: «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, el mínimo exento en el Impuesto sobre el Patrimonio se fija en 700.000 euros».

Dos comentarios proceden sobre esta norma:

- Aunque se da una cifra de mínimo exento (igual a la fijada por la norma estatal) lo decisivo es que sigue existiendo el artículo 20, a cuyo tenor «Con posterioridad a las deducciones y bonificaciones reguladas por la normativa del Estado se aplicará, sobre la cuota resultante, una bonificación autonómica del 100 por 100 de dicha cuota si esta es positiva. No se aplicará esta bonificación si la cuota resultante fuese nula».
- Desde una perspectiva formal y de evidente menor importancia, anotamos que, aunque el inciso inicial con que se introduce el mínimo exento pudiera plantear alguna duda («De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28...»), la aplicación en esta comunidad del mínimo de 700.000 euros no viene por la norma estatal, sino por el ejercicio de la potestad legislativa madrileña (amparada, entre otras normas, por el apartado Dos de ese art. 28) que comporta además la modificación de su anterior regulación (el mínimo era con carácter general de 112.000 euros y en el caso de contribuyentes discapacitados con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65% de 224.000 euros).

13. Murcia. Ley 7/2011, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y de fomento económico en la Región de Murcia

13.1. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Modalidad Donaciones

Las modificaciones se limitan a ajustes de la ya existente reducción por donación de vivienda habitual o cantidad en metálico destinada a su adquisición y de la relativa a donación de solares para construir la vivienda habitual.

- Para las donaciones de los dos primeros bienes citados, la reducción es del 99 por 100 sobre 150.000 euros (tributando el resto de base imponible a un tipo fijo del 7%). A la regulación existente se añade un requisito de mantenimiento de la vivienda durante los cinco años siguientes a su adquisición o construcción, salvo fallecimiento del donatario durante ese plazo, sin que puedan transmitirse facultades del dominio ni partes indivisas de la misma.

Además se incorpora un límite de patrimonio y de renta como requisitos al donatario, pues aquel no puede ser superior a 402.678,11 euros y la renta familiar debe ser inferior a 4 veces el IPREM.

- La otra reducción propia, para donaciones de solares, es también del 99 por 100 del valor real de esos inmuebles hasta 50.000 euros si los intervinientes son parientes de los grupos I y II. Cuando el valor real del inmueble supera el resultado de multiplicar 50.000 euros por el número de donatarios, la reducción se aplica con el límite de esa cuantía (y, de modo análogo a la anterior, el exceso tributa al tipo fijo del 7%).

Los cambios en esta reducción son los mismos que en la anterior: el patrimonio preexistente del donatario no puede ser superior a 402.678,11 euros y la renta familiar debe ser inferior a 4 veces el IPREM.

13.2. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

- En el texto refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010 se regula un tipo de gravamen del 3 por 100 para las transmisiones de bienes inmuebles que radiquen en la Región de Murcia si quien adquiere tiene 35 años o menos y cumple una serie de requisitos. A esa lista de requisitos se añade por la Ley 7/2011 que el destino final del inmueble como vivienda se haga constar expresamente en el documento público que formalice la adquisición.
- Simétricamente, entre los requisitos para aplicar el tipo especial del 0,1 por 100 por escrituras públicas que documenten préstamos hipotecarios, tanto de nueva constitución como subrogación con ampliación, destinados a la financiación de la adquisición de viviendas por sujetos pasivos de 35 años o menores, se exige que el destino como vivienda se haga constar expresamente en el documento público que formalice la adquisición.
- Se crea un tipo especial del 0,5 por 100 en AJD para escrituras públicas que documenten la adquisición de inmuebles por parte de contribuyentes que realicen actividades económicas sujetas al IRPF o al Impuesto sobre Sociedades y que se destinen a ser su domicilio fiscal o centro de trabajo. Sus requisitos son los siguientes:
 - La adquisición deberá realizarse mediante financiación ajena.
 - Con la apariencia de ser un «peaje» por haber «eludido» el gravamen por el concepto TPO, se impide el tipo especial en las operaciones que tributan en AJD por haber sido objeto de renuncia la exención en IVA.
 - Para restringir el beneficio a las auténticas actividades económicas, se precisa que, en el caso de personas jurídicas, no será aplicable a aquellas en las que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto a actividades empresariales o profesionales.
 - En coherencia con las dos modificaciones anteriores, se exige la constancia documental de la finalidad de destinarla a ser la sede del domicilio fiscal o centro de trabajo del adquirente.

14. Comunidad Valenciana. Ley 9/2011, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat y Decreto-Ley 1/2012, de 5 de enero, del Consell, de medidas urgentes para la reducción del déficit en la Comunitat Valenciana

14.1. Impuesto sobre el Patrimonio

En la Ley 9/2011 (art. 38) se establece que «sobre la cuota del Impuesto sobre el Patrimonio resultante de la aplicación de las deducciones y bonificaciones reguladas por la normativa

del Estado, cuando esta resulte positiva, se aplicará, en 2011 y 2012, una bonificación del 100 por 100».

Por tanto, Valencia se une a las comunidades autónomas que han «neutralizado» la reactivación estatal del impuesto durante dos años.

14.2. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

También con carácter temporal, pero de signo contrario a la medida anterior, se procede a elevar el tipo general del concepto impositivo documentos notariales (la cuota gradual) al 1,2 por 100 hasta el 31 de diciembre de 2013.

LA DOBLE IMPOSICIÓN DESDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

MARINA SERRAT ROMANÍ

*Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas
y de la Administración*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gabriel CASADO OLLERO, don José Manuel CALDERÓN CARRERO, don Diego MARÍN BARNUEVO FABO, don Juan Manuel MORAL CALVO y don Eduardo RAMÍREZ MEDINA.

Extracto:

LA pretensión de este artículo no es otra que la de investigar si la doble imposición entre Estados miembros de la Unión Europea puede llegar a vulnerar el derecho fundamental a la propiedad privada. En el estudio de esta posible consecuencia fiscal se implementará la metodología analítica del filósofo del Derecho Robert ALEXY, sobre casos reales resueltos por el TJUE, a cuya luz se intentará verificar si, sustantivamente, los Estados miembros, la Unión Europea y los Tribunales son proclives a obviar la vulneración de derechos fundamentales de los contribuyentes europeos. A tal efecto, se implementará la teoría de la proporcionalidad de Robert ALEXY para resolver las colisiones entre derechos fundamentales, resultantes de la doble imposición, que se producen en materia tributaria de imposición directa entre Estados miembros y contribuyentes.

Palabras clave: principio de proporcionalidad, Robert ALEXY, jurisprudencia del TJUE, doble imposición, ponderación, derechos fundamentales y propiedad privada.

THE DOUBLE TAXATION IN THE EUROPEAN UNION FROM THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

MARINA SERRAT ROMANÍ

*Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas
y de la Administración*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gabriel CASADO OLLERO, don José Manuel CALDERÓN CARRERO, don Diego MARÍN BARNUEVO FABO, don Juan Manuel MORAL CALVO y don Eduardo RAMÍREZ MEDINA.

Abstract:

THE aim of this article is no other than researching whether double taxation between Member States of the European Union risks violating the fundamental right of private property. In the study of this possible tax consequence, Law philosopher Robert ALEXYS' analytical theory is going to be implemented on real cases ruled by the ECJ, in whose light there is going to try to determine if, substantively, Member States, the European Union and Courts of Justice are likely to obviate the violation of European taxpayers' fundamental rights. Therefore, Robert ALEXYS' proportionality theory is going to be implemented in order to solve collisions between fundamental rights, resulting from the double taxation, produced in tax matters of direct taxation between Member States and taxpayers.

Keywords: principle of proportionality, Robert ALEXYS, ECJ case law, double taxation, balancing, fundamental rights and private property.

Sumario

Planteamiento.

- I. El principio de proporcionalidad en el Derecho tributario de la Unión Europea a partir de la metodología de Robert ALEXY.
 1. El planteamiento de Robert ALEXY.
 2. El principio de proporcionalidad en la Unión Europea.
- II. El problema de la doble imposición directa en la Unión Europea desde la perspectiva de tres casos.
 1. El choque entre poderes tributarios: la falta de coordinación entre ordenamientos fiscales y el peligro de la doble imposición en las Haciendas europeas.
 2. El caso C-513/04: Mark Kerckhaert, Bernadette Morres *vs.* Belgische Staat.
 3. El caso C-298/05: Columbus Container Services BVBA & Co *vs.* Finanzamt Bielefeld-Innenstadt.
 4. El caso C-67/08: Margarete Block *vs.* Finanzamt Kaufbeuren.
- III. Aplicación de la metodología de Robert ALEXY ante los casos resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
 1. El deber de contribuir y el derecho a la propiedad: la proporcionalidad como manifestación de justicia tributaria.
 2. Resolución del caso C-513/04: Mark Kerckhaert, Bernadette Morres *vs.* Belgische Staat.
 3. Resolución del caso C-298/05: Columbus Container Services BVBA & Co *vs.* Finanzamt Bielefeld-Innenstadt.
 4. Resolución del caso C-67/08: Margarete Block *vs.* Finanzamt Kaufbeuren.
- IV. Conclusiones.

NOTA: Este artículo fue el Trabajo Final de Carrera de la Licenciatura de Derecho de la autora, dirigido por el Dr. José Andrés ROZAS VALDÉS, a quien se le debe agradecer sus consejos, paciencia y dedicación.

«La justicia como equilibrio tiene, pues, una ventaja ulterior: ella expresa la idea de la justa medida. Con esto, ella excluye toda forma de fanatismo.»

Robert ALEXY

PLANTEAMIENTO

El presente Trabajo Final de Carrera, al que se ha querido titular la doble imposición en la Unión Europea (UE) desde el principio de proporcionalidad, pretende examinar, no tanto el fenómeno de la doble imposición entre los Estados miembros, sino las repercusiones negativas generadas por esta práctica que afectan directamente al contribuyente europeo, por cuanto los derechos de dicho contribuyente pueden verse vulnerados. El análisis pretendido obliga, pues, a abordar un asunto de difícil concreción y de peor resolución: la vulneración de los derechos fundamentales en el seno de la UE. Aventurarse en el estudio de la vulneración de estos derechos, desde un contexto de fiscalidad comunitaria, significa introducirse en el campo de investigación de los conflictos tributarios. Un escenario, este, en el que entran en juego los derechos y obligaciones del Estado y del contribuyente y en el que, en las últimas décadas, tan solo algunos observadores tributaristas y hacendistas han empezado a adentrarse.

La idea de enfocar el Trabajo Final de Carrera en esta dirección surgió durante la celebración del *II Joint Seminar in Tax Law* en la Universidad Heinrich-Heine de Düsseldorf, donde se mencionó la teoría de la proporcionalidad del filósofo del Derecho Robert ALEXY y se barajó la posibilidad de aplicar el método alexyano del principio de proporcionalidad en la resolución de conflictos entre derechos fundamentales que podían verse vulnerados por la doble imposición. El debate que se inició es el origen de esta investigación, puesto que se intuía la posible violación de un derecho fundamental concreto: el derecho a la propiedad privada. En base a esta hipótesis se ha decidido utilizar este Trabajo Final de Carrera a modo de campo de experimentación donde se implementará la teoría de la proporcionalidad de Robert ALEXY para resolver las colisiones entre derechos fundamentales, resultantes de la doble imposición, que se producen en materia tributaria de imposición directa entre los Estados miembros y los contribuyentes.

I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO TRIBUTARIO DE LA UNIÓN EUROPEA A PARTIR DE LA METODOLOGÍA DE ROBERT ALEXY

1. El planteamiento de Robert ALEXY

La proporcionalidad es definida por la Real Academia Española como aquella «conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí»¹. La propia definición ya nos evoca a relacionar aquello proporcional con aquello que corresponde debidamente, es decir, en su justa medida, a las partes. Y es que la proporcionalidad y la Justicia son dos conceptos inherentes el uno al otro, relación que ya era compartida y defendida por los filósofos clásicos. Lo proporcional era entendido como justo, «porque lo proporcional es un término medio y lo justo es asimismo proporcional [...]». Lo justo es precisamente esto: lo proporcional»², decía ARISTÓTELES en su *Ética* a Nicómaco. En este sentido, ULPIANO define a la perfección el concepto de Justicia que aquí se pretende resaltar: «*Iustitia est constans et perpetua voluntas, ius suum cuique tribuere*»³. Este debería ser el objetivo del Derecho y la Justicia: otorgar a cada uno lo que en su justeza le corresponde, alcanzar la proporcionalidad⁴. Partir de esta idea facilita distinguir cuál debe ser el objetivo último del principio de proporcionalidad.

Aun siendo más propio del Derecho penal o del Derecho sancionador de cualquier orden⁵, el principio de proporcionalidad debe ser aplicable a cualquier realidad jurídica. En el ámbito del Derecho el principio de proporcionalidad exige una relación de equilibrio —esto es proporción— entre los medios empleados y el fin perseguido, evitando el exceso en el contenido de la norma que regula tales medios, de modo que procura la prohibición de cualquier medio que rebase los límites de lo que se considera jurídicamente soportable⁶. El equilibrio se rompe cuando los medios se imponen de forma excesiva o irrazonable y limitan o restringen libertades y derechos. La desproporción en la aplicación de una norma puede producir una intromisión en el campo de actuación de otra, vulnerándola. Esto es, precisamente, lo que el principio de proporcionalidad debe evitar.

El profesor Robert ALEXY ha llevado a cabo una detenida construcción de este principio como base de su teoría sobre los derechos fundamentales que puede resultar útil, en términos metodológicos, para resolver problemas de doble imposición en los que entran en conflicto los derechos patrimoniales de los ciudadanos con su deber a contribuir al sostenimiento del gasto público. Previamente, sin embargo, para comprender la estructuración de su teoría jurídica sobre proporcionalidad y derechos fundamentales, es imprescindible entender el pensamiento jurídico-filosófico de

¹ http://buscon.rae.es/draei/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=contraargumento (10/02/2012).

² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid: Editorial Tecnos, 2009, pág. 197.

³ «La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho». ULPIANO: «Digesto, Lib. I, Tít. I, 10», en *Cuerpo del derecho civil romano*, T.I, Barcelona: ed. Jaime Molinas, 1889, pág. 199.

⁴ «Una buena proporción en el reparto de los bienes entre los miembros de un grupo, tal es pues la esencia del derecho [...]». VILLEY, M.: *Filosofía del derecho*, Barcelona: Scire Universitaria, 2003, pág. 56

⁵ Véase BENTHAM, J.: *Teoría de las penas y las recompensas*, Barcelona: En la imprenta de Don Manuel Sauri, 1838, págs. 22 y ss.

⁶ Cfr. ROZAS VALDÉS, J.A. y VILLAR EZCURRA, M.: «La asistencia mutua tributaria a la luz del principio de proporcionalidad», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 254, 2006, págs. 73-92.

este jurista. A tal efecto será preciso analizar el fundamento de su filosofía jurídica; es decir: conocer el concepto del Derecho del cual se parte que permita interpretar cómo se construye la teoría de ALEXY. Según el respetado jurista alemán:

«El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección ⁷.»

La lectura de este axioma sugiere per se un razonamiento acerca del Derecho que media entre el concepto positivista de Derecho y el que sostiene el iusnaturalismo puro; ya que contiene tres elementos que el propio ALEXY considera claves para definir la idoneidad del Derecho: (1) la legalidad conforme al ordenamiento, (2) la eficacia social y (3) la corrección material ⁸. A juicio del profesor ALEXY, la fundamentación de todo sistema jurídico es la pretensión de corrección, que debe combinarse con lo legal y lo eficaz. En esta dirección desarrolla su tesis considerando que «únicamente puede formarse un adecuado concepto de derecho si se combinan ambos aspectos. Esta combinación solo puede lograrse en una teoría general del sistema jurídico. Tal teoría es la teoría del discurso» ⁹. Este principio jurídico-filosófico, representativo de ALEXY, es el que dará origen a su teoría jurídica discursiva no positivista ¹⁰.

Ello queda claramente explicitado en una entrevista que Manuel ATIENZA, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, realizó a Robert ALEXY en el año 2001. En esta entrevista ALEXY apuntaba que su pensamiento filosófico gravita entorno a: (1) la pretensión de corrección, (2) la tesis del caso especial y (3) la teoría del discurso ¹¹. Esta intencionalidad eminentemente correctora del Derecho, siempre presente en el discurso alexyano, se complementa con el concepto que tiene de la Justicia como la «corrección en la distribución y en la compensación ¹²»; puesto que, dice el profesor ALEXY, «cuando está en cuestión la Justicia, aquello que está en cuestión es siempre una distribución y/o una compensación» ¹³. La idea de Justicia como corrección, será, entonces, el punto de partida para el desarrollo de su teoría discursiva no positivista.

Para Robert ALEXY, formular una ley o dictar una sentencia tiene un sentido que define la base de estos mecanismos jurídicos: la intención de corrección de un contexto social concreto. Cuando se emite alguna de estas formulaciones debe entenderse que es correcta y que existe una conformidad con ella que no se puede negar racionalmente. No obstante, para que estas formulaciones sean con-

⁷ ALEXY, R.: *El Concepto y la validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 2004, pág. 118.

⁸ ALEXY, R.: «La institucionalización de la razón», *Persona y Derecho*, 2000, n.º 43, pág. 217.

⁹ *Ibid.*, pág. 218.

¹⁰ Cfr. VIGO R.: «Balance de la Teoría jurídica discursiva de Robert Alexy», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2003, pág. 224.

¹¹ ATIENZA, M.: «Entrevista a Robert Alexy», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 24, 2001, pág. 6.

¹² ALEXY, R.: «Justicia como corrección», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2003, pág. 163.

¹³ *Ibid.*, pág. 163.

sideradas como correctoras deben estar fundamentadas y ser reconocidas como correctas. El reconocimiento como afirmaciones correctas debe proceder de la sociedad ¹⁴ en la que se aplicará el argumento jurídico concreto, con lo cual cada contexto social aceptará unos criterios de corrección específicos. Sin embargo, dada la diversidad de contextos efectivos, es imposible reconocer como correctos todos y cada uno de los criterios existentes, porque se entraría en una espiral de subjetivismo que no conduciría a ningún resultado. Es ahí donde ALEXY defiende la necesidad de la fundamentación: «un criterio que caracteriza a la pretensión de corrección en todos los contextos: implica una pretensión de fundamentabilidad» ¹⁵; esto significa que hay un *standard* de corrección que, libre del contexto, siempre debe ser tenido en cuenta: la pretensión de fundamentabilidad.

Según este eminente jurista una norma será correcta cuando esté fundamentada, y esta fundamentación de las normas se alcanza mediante su teoría del discurso. La teoría del discurso «es una teoría procesal de la corrección de las normas. De acuerdo con la teoría del discurso una norma es correcta si y solo si puede ser resultado de un cierto procedimiento» ¹⁶. Al contrario de, por ejemplo, John RAWLS –quien basa su teoría del discurso en la toma de decisiones ¹⁷ bajo tres presupuestos fundamentales: certeza, riesgo e incertidumbre ¹⁸–, ALEXY busca la corrección de la norma por el procedimiento de una argumentación objetiva y racional» ¹⁹. Es decir, basada en la libertad e igualdad de las personas en la exposición de argumentos y contraargumentos, para asegurar, así, la objetividad y neutralidad de las aserciones ²⁰. Aplicar una argumentación racional en la promulgación de una norma puede resultar más o menos sencillo, se parte siempre de la argumentación; por ejemplo para la creación de normas en el Parlamento, donde se acepta la diversidad de opiniones, se puede llegar a una corrección fundamentada en argumentaciones ²¹, hasta conseguir que las normas salientes de las Cortes sean estimadas como correctas por la sociedad en general. Sin embargo, la argumentación jurídica se complica cuando entramos en el terreno del conflicto de intereses de las propias normas. En estos casos, encontrar una solución correcta es «cuestión de la correcta determinación de

¹⁴ «Son correctas y por tanto válidas justamente aquellas normas que, en un discurso ideal, serían estimadas correctas por todos.» (ALEXY, R.: *La institucionalización de la razón*, ob. cit., pág. 228).

¹⁵ ALEXY, R.: *El Concepto y la validez del Derecho*, ob. cit., pág. 82.

¹⁶ ALEXY, R.: «Justicia como corrección», ob. cit., pág. 165.

¹⁷ «[...] Rawls's reply is particularly revealing. He concedes that «each person must indeed make his own decision» although we will typically «seek advice and counsel» from others [...] We cannot escape responsibility for our own judgment and actions, and there can be no guarantee that our judgment will be correct or that it will always work out well enough.» (MANDLE, J.: «Rawl's A Theory of Justice. An introduction», *Cambridge University Press*, 2009, pág. 108). Esto lo podemos contrastar con lo dicho por el propio Rawls cuando afirma que «If competent judges are those persons most likely to make correct decisions, then we should take care to abstract those judgments of theirs which, from the conditions and circumstances under which they are made, are most likely to be correct.» (RAWLS, J.: «Outline of a decision procedure for ethics», *The Philosophical Review*, n.º 60-2, 1951, pág. 183).

¹⁸ Cfr. ALBA TERCEDOR C.; VALLESPÍN N. y OÑA, F.: «El neocontractualismo de "A Theory of Justice", de John Rawls: Una Introducción a la literatura», *Revista de estudios políticos*, n.º 8, 1979, pág. 4.

¹⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F.: «Teorías de la argumentación jurídica: una visión retrospectiva de tres autores», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 8, 2004/2005, pág. 289.

²⁰ Cfr. ALEXY, R.: *Justicia como corrección*, ob. cit., pág. 166.

²¹ Así Robert ALEXY afirma que «la segunda propiedad central del derecho es su pretensión de corrección. Esta pretensión está en genuina oposición a la coerción o a la fuerza» (ALEXY, R.: «La naturaleza de la filosofía del derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2003, pág. 156), y que «La democracia deliberativa presupone la posibilidad de la racionalidad discursiva» (ALEXY, R.: *La institucionalización de la razón*, ob. cit., pág. 241).

los pesos relativos a los intereses en juego»²². Entonces, para saber cuál es la decisión correcta en esta pugna entre intereses de normas del mismo rango se debe aplicar, como fórmula de argumentación del discurso jurídico racional, la que podemos llamar *ley de ponderación*.

1.1. El principio de proporcionalidad como pretensión de corrección

La proporcionalidad, como se ha mencionado anteriormente, da razón de equilibrio, y el equilibrio es fundamental para obtener una justa aplicación del Derecho. Esto es lo que se propone Robert ALEXY al utilizar el principio de proporcionalidad como mecanismo para cumplir con la pretensión de corrección que enmarca toda su teoría jurídica argumentativa. Así lo refleja perfectamente MARTÍNEZ MARTÍNEZ cuando manifiesta que en la teoría alexyana «la argumentación jurídica tiene que conseguir una armonización entre los precedentes y el caso concreto, cuya resolución se reclama. Las reglas que el intérprete del Derecho ha de aplicar a un caso particular deben conseguir el equilibrio entre los resultados de casos precedentes y análogos, y las exigencias de lo correcto»²³. En esta tesis se observa, pues, la distinción de dos elementos: el caso concreto y las reglas a aplicar para conseguir el equilibrio. De estas reglas se extrae la proporcionalidad como instrumento corrector. Aquí es donde se demuestra que la teoría de Robert ALEXY se considera *no-positivista*, ya que busca la respuesta correcta para cada caso concreto teniendo en cuenta lo ya establecido en Derecho para la resolución de casos anteriores con características semejantes. ALEXY, influenciado por Ronald DWORKIN²⁴, sostiene la tesis de la única respuesta correcta –cada caso tiene su respuesta, que puede variar según el contexto– a la que solo se puede llegar a partir de un sistema jurídico que, a más de estar compuesto por reglas, incluya también principios²⁵.

Entonces, bajo este planteamiento, para desarrollar la doctrina alexyana sobre la proporcionalidad es preciso empezar por la diferencia que propone entre reglas y principios. Robert ALEXY considera que un principio se diferencia de una regla por tres características: la diferencia gradual, la cualitativa y la consideración de los principios como mandatos de optimización²⁶. Los principios, a diferencia de las reglas, son normas de un alto grado de generalidad –no están dirigidas a un colectivo en particular– que por imperativos de los mismos principios deben realizarse en su mayor medida²⁷. Las reglas, en cambio, se cumplen o no se cumplen. No existe una gradación en este sentido porque no son mandatos de optimización. Poner fin a un conflicto de reglas resulta sencillo ya que

²² ALEXY, R.: *La institucionalización de la razón*, ob. cit., pág. 231.

²³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F.: «Teorías de la argumentación jurídica: una visión retrospectiva de tres autores». *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 8, 2004/2005, pág. 289.

²⁴ DWORKIN critica fuertemente el sistema de reglas establecido por HART (Cfr. ROJAS AMANDI, V.M.: «El concepto de Derecho de Ronald Dworkin», *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, V. 11, n.º 2, 2002, págs. 137-183), de modo que «contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios» (ALEXY, R. «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 5, 1988, pág. 139) a partir del cual Robert ALEXY elaborará su tesis de la ponderación.

²⁵ «Los principios jurídicos deben permitir que exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta» (Ibíd. pág. 139).

²⁶ ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 81-87.

²⁷ Así lo establece ALEXY cuando define lo que para él son los principios: «los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas». ALEXY, R. «Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 66, 2002, pág. 26.

la regla es una norma que o es válida o no lo es. Esto implica que «si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas²⁸» siguiendo los criterios de *lex posterior derogat legi prior*, *lex specialis derogat legi generali* o según la jerarquía de las reglas²⁹.

Por el contrario, lo verdaderamente difícil es resolver una colisión de principios ya que la vía para conseguirlo varía sustancialmente. Como se ha dicho, los principios son considerados mandatos de optimización; por lo que, a diferencia de los conflictos de reglas, no se encuentran en la dimensión de la validez sino que los hallamos en la dimensión del peso. En consecuencia, cuando un principio entra en colisión con otro no se puede declarar inválido, se requiere otra solución. El profesor ALEXY resuelve esta colisión aplicando el principio que, en el caso concreto en el que existe el conflicto, adquiere un mayor peso (*höhere Gewicht*)³⁰. Luego, uno de los principios debe ceder ante el otro, cosa que no implica tener que declarar su invalidez, simplemente se trata de una cuestión de precedencia. No obstante, ¿cómo se puede saber cuál es el principio que precede a otro? Aquí es cuando entra en juego la proporcionalidad.

En la resolución de colisiones entre principios, el principio de proporcionalidad está estrechamente relacionado con la ley de la ponderación. En la teoría alexyana esta interacción alcanza el grado superlativo, en tal forma que la proporcionalidad —«la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto»³¹ para Robert ALEXY— equivale al mandato de ponderación. Se llega a comprender la extrema conexión que el profesor establece entre ambos conceptos cuando la ponderación es entendida como una *relación de precedencia condicionada*³². Cabe recordar que por proporcionalidad se entiende aquello que corresponde debidamente a las partes, por lo tanto, como si de una balanza se tratara, se lleva a cabo una ponderación —un equilibrio— que resuelva el conflicto de la forma más justa. La balanza refleja a la perfección el funcionamiento del principio de proporcionalidad entendido por Robert ALEXY, ya que la fórmula utilizada es la «ponderación de intereses opuestos»³³. Al sopesar ambos principios se crea una relación de precedencia condicionada que establece que, «bajo ciertas condiciones o circunstancias C, uno de los principios precede al otro»³⁴, prevaleciendo el principio con mayor peso en cada contexto. Si para Robert ALEXY el principio de proporcionalidad

²⁸ ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pág. 88.

²⁹ *Ibid.*, pág. 88.

³⁰ Robert ALEXY señala que «los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir una dimensión de peso (*dimension of weight*) que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios, se da un valor decisivo al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor. En otros contextos, el peso podría estar repartido de manera opuesta». ALEXY, R.: «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», ob. cit., pág. 141.

³¹ Así lo establece el propio ALEXY cuando dice: «La máxima de la *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación [...]» (ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pág. 112.)

³² ALEXY usa la relación de precedencia condicionada como solución a la colisión entre principios, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Así lo define: «la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.» (ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit. pág. 92.)

³³ ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pág. 90.

³⁴ MARTÍNEZ ZORRILLA, D.: «Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley», ob. cit., pág. 140.

equivale al mandato de ponderación, la aplicación de la fórmula de la ponderación supone la aplicación del principio de proporcionalidad. Partiendo de esta reflexión, es necesario profundizar en el funcionamiento de la ponderación como precedencia condicionada, ya que es la clave que ALEXY nos brinda para poder determinar cuál es el principio a aplicar en caso de colisión y así alcanzar la pretensión de corrección que envuelve toda su teoría jurídica.

La ponderación en ALEXY sigue una mecánica sencilla en la que intervienen tres únicos elementos. La simplicidad sistemática de su procedimiento se percibe con claridad en la afirmación de Carlos BERNAL PULIDO:

«Es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto ³⁵.»

Estos tres elementos son: (1) la ley de ponderación, (2) la fórmula del peso y (3) las cargas de argumentación. Si desglosamos cada uno de ellos encontraremos la clave para realizar una correcta ponderación de principios. La ley de ponderación queda subdividida, a su vez, en tres pasos: primero debe definirse el grado de no satisfacción de uno de los principios, luego determinar la importancia de la no satisfacción del principio opuesto con el que se colisiona y, finalmente, se debe medir si la satisfacción de este principio contrario justifica la no satisfacción del primer principio ³⁶. No obstante, ¿cómo se procede a definir los grados de importancia y no satisfacción? En este sentido ALEXY construye lo que BERNAL PULIDO llama una *escalera triádica* ³⁷, con distintas gradaciones según sea leve, media o grave la relevancia de los principios a sopesar. Calibrar el grado de intensidad de los principios no resulta sencillo, por lo que puede decirse que la calificación de la intensidad se deja a merced del juzgador, ya que tanto la definición de la no satisfacción, como la importancia de la satisfacción del principio opuesto, depende de las *circunstancias C* del caso concreto ³⁸. Sin embargo, ALEXY no especifica qué criterios usar para acotar la relevancia de las circunstancias del caso ³⁹, llegando, en cierto modo, a una subjetivización de las gradaciones.

³⁵ BERNAL PULIDO, C.: «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2003, pág. 227.

³⁶ Así lo expresa ALEXY cuando afirma que «La ley de ponderación muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.» ALEXY, R.: «Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales», ob. cit., pág. 32.

³⁷ BERNAL PULIDO, C.: «Estructura y límites de la ponderación», ob. cit., pág. 228, y véase ALEXY, R.: «La fórmula del peso», en CARBONELL, M., (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2008, págs. 19 y ss.

³⁸ Véase ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pág. 94.

³⁹ MARTÍNEZ ZORRILLA hace una crítica a esta indeterminación de las «circunstancias C» relevantes para decantarse el juzgador hacia un lado u otro de la balanza ponderativa en ALEXY. ZORRILLA dice «es necesario contar con criterios normativos o valorativos para seleccionar cuáles son estas "circunstancias C" que tanta incidencia tienen en la determinación del "peso" de los elementos en conflicto. Y lamentablemente, Alexy pasa por alto esta cuestión. En cambio, el modelo de Hurley, en lugar de hacer una referencia genérica e indeterminada a las "circunstancias del caso", que por sí sola no ofrece ninguna guía para la selección de las propiedades, permite una acotación de lo que podríamos denominar como "propiedades relevantes admisibles"». MARTÍNEZ ZORRILLA, D.: «Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley», ob. cit., pág. 141.

El siguiente paso consistirá en poner en relación las dos valoraciones anteriores. Y es aquí donde interviene el segundo elemento, la fórmula del peso. ALEXY elabora una curiosa fórmula para calcular matemáticamente el peso de los principios atribuyendo los valores 1, 2 y 4 a las gradaciones de leve, medio y grave respectivamente. Sin embargo, es importante puntualizar que la asignación de valores numéricos no limita el Derecho a una mera fórmula matemática, ya que el propio ALEXY parte del concepto de los derechos fundamentales como derechos con contenido moral ⁴⁰, por lo que debido a su contenido filosófico abstracto ⁴¹ ni la ética ni la moral podrán contabilizarse numéricamente. Es preciso matizar, por tanto, que el uso de los valores matemáticos es solo a efectos interpretativos del grado de intensidad ⁴² que, en base a unos juicios valorativos ya formulados, permiten «sistematizar las valoraciones que tienen lugar tanto en la práctica cotidiana como en la argumentación jurídica» ⁴³. Sin duda este procedimiento refleja mejor la intensidad de la vulneración de un derecho fundamental; ya que, a veces, no resulta tan fácil establecer los límites entre una vulneración leve, media o grave ⁴⁴, de modo que es más explícito «presentar una ilustración de la estructura que subyace al modelo triádico con la ayuda de cantidades numéricas» ⁴⁵. La fórmula *standard* es la siguiente ⁴⁶:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_{iC}}{WP_{jC}}$$

A un lado de la balanza se encuentra el primer principio (P_i), el no satisfecho, flanqueado por la intensidad de la no satisfacción (I) y las circunstancias (C) que ayudan a determinar la gradación del peso de este principio. En el otro lado se halla el principio colisionador (P_j), el satisfecho, flanqueado también por la intensidad de la satisfacción (W) y las circunstancias (C) del caso concreto. Se les otorga el valor

⁴⁰ ALEXY afirma que «la positivización de los derechos fundamentales [...] constituye una apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral» (ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pág. 25) de modo que se aprecia la consideración, por parte de ALEXY, de contenido moral en las normas iusfundamentales: «debido al contenido moral de las normas de derecho fundamental constatable en general, no queda excluida la posibilidad de adscribir interpretativamente a las disposiciones iusfundamentales derechos morales que hasta ahora no habían sido reconocidos como constitucionales» (ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pág. 431).

⁴¹ Lo recalca, claramente, cuando afirma que «La vigencia de las normas iusfundamentales significa que el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral. Esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos iusfundamentales materiales, los de dignidad, libertad e igualdad. Estos son, al mismo tiempo, conceptos básicos de la filosofía práctica.» (ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pág. 425).

⁴² Y es que ALEXY otorga, de forma general, la gradación de 1, 2 y 4 a los tres rangos de la escalera triádica leve, medio y grave, del mismo modo que también les otorga los valores de 1, 2 y 3, porque es una manera más de «catalogar las intervenciones según su intensidad» (ALEXY, R.: «La fórmula del peso», ob. cit., pág. 35).

⁴³ ALEXY, R.: «La fórmula del peso» en CARBONELL, M. (ed.): *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pág. 29.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 29.

⁴⁵ ALEXY, R.: «La fórmula del peso», ob. cit., pág. 30.

⁴⁶ Se ha escogido la fórmula del peso más sencilla propuesta por Robert ALEXY ya que, para el presente trabajo de investigación, no resulta necesario profundizar más en dicha fórmula (para más precisión véase ALEXY, R.: «La fórmula del peso», ob. cit., págs. 40 y ss.), ni introducir criterios minuciosos, tales como el *peso abstracto* (ALEXY, R.: «Epílogo a la teoría...», ob. cit., pág. 38), al no ser necesarios para la resolución de la hipótesis que aquí se contempla. No obstante, a fin de profundizar más sobre la fórmula del peso es conveniente consultar: ALEXY, R.: «Epílogo a...», ob. cit., págs. 40 y ss. y las págs. 11 y ss., del documento *online* de BERNAL PULIDO, C.: «The Rationality of Balancing», *Archiv für Rechts und Sozial Philosophie*, V. 92, Heft. 2, 2006, págs. 195-208. (http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf) (10/02/2012).

numérico correspondiente, que califica la satisfacción/no satisfacción, y se ponderan los pesos de los principios en conflicto. Es en este ejercicio de ponderar cuando entraría en operatividad el tercer elemento, la carga de la argumentación. Las cargas de la argumentación constituyen el elemento último que inclina la balanza a favor de la aplicación de uno u otro principio. La justificación de la argumentación es, tal vez, el factor más decisivo en la ponderación. Así lo considera también BERNAL PULIDO:

«[...] si una intervención no puede justificarse mediante argumentos suficientemente convincentes, que hagan constar el grado por lo menos equivalente de la realización del fin legislativo, en comparación con la restricción del derecho fundamental, la intervención debe considerarse ilegítima y el ámbito de libertad individual debe permanecer inalterado ⁴⁷.»

El resultado obtenido después de ponderar las cargas de argumentación es una relación de precedencia condicionada ⁴⁸ que indica cuál de los principios tiene prioridad en el caso concreto, resolviendo, así, la problemática. En síntesis, esta es la teoría de Robert ALEXEY que permite ponderar dos principios opuestos. Su metodología es relevante y de interés para esta investigación, visto que su objeto propio es el de aplicar una metodología justa y proporcional en la resolución de colisiones entre principios que se producen en materia tributaria en el seno de la UE.

2. El principio de proporcionalidad en la Unión Europea

La idea que se desprende del principio de proporcionalidad es la pretensión de justicia material que, como bien dice Javier BARNES, es «la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado» ⁴⁹. Este criterio, no obstante, a diferencia de lo que se pudiera pensar, no dista tanto del principio que subyace en la normativa estrictamente positivista propia de los Estados sociales, democráticos y de Derecho típicos de la cultura occidental. Si, a modo de ejemplo, se toma el Estado español como Estado de Derecho y se consulta su Carta Magna, se observa que el principio de proporcionalidad no dispone de un apartado específico, no está presente *de iure*, tal y como lo interpreta la jurisprudencia constitucional, Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 136/1999, de 20 de julio de 1999: «[...] el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales» ⁵⁰, aunque sí lo está de facto, cuando la falta de proporcionalidad menoscaba los derechos constitucionalmente protegidos.

El Tribunal Constitucional español ha dictado numerosa jurisprudencia ⁵¹ en este sentido. Y es que el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad es «el de las posibles limitaciones a los

⁴⁷ BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 780.

⁴⁸ Cabe decir que las relaciones de precedencia condicionada sientan precedentes para los casos posteriores que puedan surgir con unas características idénticas y análogas.

⁴⁹ BARNES, J.: «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pág. 19.

⁵⁰ FJ 22, STC 136/1999, de 20 de julio de 1999.

⁵¹ Véase: SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5; 66/1985, fundamento jurídico 1; 160/1987, fundamento jurídico 6; 6/1988, fundamento jurídico 3; 19/1988, fundamento jurídico 8; 85/1992, fundamento jurídico 5; 50/1995 (NFJ003467), fundamento jurídico 7; 173/1995, fundamento jurídico 2 (mencionadas en el FJ 3 de la STC 55/1995, de 28 de marzo).

derechos, libertades o fines esenciales de un sistema jurídico»⁵². Como se ha dicho anteriormente, la principal misión de este principio es el control de la causalidad que existe entre medios y fines –basado en los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad– procurando que el medio utilizado para lograr los objetivos sea el más adecuado, el estrictamente necesario y el más moderado⁵³. De este modo se establece un límite a la hora de restringir la esfera de la libertad de las personas cuando «el fin perseguido por la ley [medio] es constitucionalmente ilícito, o constitucionalmente inadecuado, [...] cuando hay una desproporción entre el fin que se persigue y los medios establecidos para alcanzarlo»⁵⁴, de forma que pudiesen verse vulnerados derechos y libertades individuales. Por este motivo el principio de proporcionalidad solo puede encontrarse en los Estados donde los derechos y libertades de los individuos sean respetados hasta el punto en que no sea absolutamente imprescindible su limitación, de tal forma que en la aplicación de la normativa siempre se procure lesionarlos lo justo y necesario en aras del interés general⁵⁵. Ello corrobora la idea de proporcionalidad como la de Justicia en sí misma; reflexión, esta, que también emana de la normativa comunitaria de la UE.

2.1. *La proporcionalidad en el seno de la Unión Europea como garantía de respeto de los derechos fundamentales*

Puede decirse que la trayectoria que ha seguido el principio de proporcionalidad hasta nuestros días siempre ha mantenido un cariz protector hacia los derechos básicos del ciudadano, en esta línea vindicativa se ha construido y adaptado el principio de proporcionalidad entendido en la UE. A pesar de los comienzos consuetudinarios del principio de proporcionalidad, fruto de las tradiciones democráticas de los Estados que integraron la primigenia CEECA, y aún y no estar presente en ninguno de los primeros tratados, este principio se manifiesta en la jurisprudencia europea desde los inicios de la Unión. Especialmente interesante resulta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁵⁶ (TJCE) de 17 de septiembre de 1970, referente al caso C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft, en la que, en la observación (b), el mencionado Tribunal expresa claramente la obligatoriedad del principio de proporcionalidad, al ser considerado este como un principio más de la Comunidad Europea:

«[...] the principle of proportionality which forms part of the general principles of law, recognition of which is essential in the framework of any structure based on respect for the law. As these principles are recognized by all the Member States, the principle of proportionality forms an integral part of the EEC Treaty.»

A esta sentencia le siguieron otras⁵⁷, originándose así una larga trayectoria jurisprudencial que avalaba sistemáticamente este principio. Finalmente, con el Tratado de Maastricht en 1992 y el Tra-

⁵² FORNIELES GIL, A.: «El principio de proporcionalidad y la fiscalidad de las regiones ultraperiféricas», *Hacienda Canaria*, n.º 22, 2008, pág. 261.

⁵³ De ahí que el principio de proporcionalidad tenga un carácter *relativo*, porque «compara los medios a la luz del fin» (Ibíd., págs. 17 y ss.).

⁵⁴ FJ 1, STC 66/1985, de 23 de mayo de 1985.

⁵⁵ Cfr. BARNES, J.: «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho Comparado y Comunitario», *Revista de Administración Pública*, n.º 135, 1994, pág. 498.

⁵⁶ Actual TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁵⁷ Cfr. BARNES, J.: «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho Comparado y Comunitario», ob. cit., pág. 516, cita 90.

tado de la Comunidad Europea (TCE), se incorpora como parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea, manteniéndose hasta el actual Tratado de la Unión Europea (TUE) ⁵⁸.

La UE, tal y como se proclama en el artículo 2 del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el TUE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01), se fundamenta en los mismos valores y principios que cualquiera de los Estados que la conforman ⁵⁹; hecho que hace ineludible la adopción del principio de proporcionalidad como parte del elenco de principios sobre los que se propugna la Unión, convirtiéndose, junto al principio de subsidiariedad, en uno de los principios rectores de la UE ⁶⁰. Presente en el artículo 5 del TUE ⁶¹, el principio de proporcionalidad junto con el principio de subsidiariedad delimita el ejercicio de las competencias comunitarias. La proporcionalidad debe estar presente en cada una de las actuaciones que se lleven a cabo por la Unión a fin de que estas no excedan de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Autores como BARNES o BARCIELA le otorgan un carácter bidimensional. Ambos consideran que se encuentra incardinado en dos ámbitos diferentes: el ejercicio de las competencias comunitarias y los derechos comunitarios ⁶². Por un lado, el principio de proporcionalidad matiza el grado de intensidad con el que la UE tiene que intervenir dentro de su campo de actuación; por el otro, también debe velar por el respeto hacia los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos de la UE.

Desarrollemos la anterior relación. El artículo 6 del TUE, en su apartado primero, eleva a nivel de Tratado los derechos y libertades recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Con ello se les reconoce el carácter constitucional que ya se les venía atribuyendo. Asimismo, por el apartado tercero del mismo artículo, los principios establecidos en el Convenio europeo para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y también aquellos principios fruto de la tradición constitucional de cada Estado miembro ⁶³ adquieren categoría de prin-

⁵⁸ BARCIELA PÉREZ, J.A.: «El principio de proporcionalidad en el Derecho de la Unión y su aplicación por el TJUE en el ámbito tributario», *Quincena Fiscal*, n.º 12, 2010, págs. 18-19.

⁵⁹ Artículo 2 del TUE: La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

⁶⁰ Así lo considera Nikolett HÖS cuando dice que: «The principle of proportionality is both a written and an unwritten constitutional principle of Community law. Together with the principle of subsidiarity it is the main governing principle of the exercise of Community competences therefore, in principle it is applied by the Community legislator. It is also used by the Community courts as a general principle of Community law to review both Community measures as well as national measures affecting any of the fundamental freedoms» (HÖS, N.: «The Principle of Proportionality in the Viking and Laval Cases: An Appropriate Standard of Judicial Review?», *EUI Working Paper LAW* 2009/06, pág. 4.)

⁶¹ Artículo 5.1 del TUE: La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Artículo 5.4 del TUE: En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

⁶² Cfr. BARCIELA PÉREZ, J.A.: «El principio de proporcionalidad en el Derecho de la Unión y su aplicación por el TJUE en el ámbito tributario», ob. cit., pág. 20; BARNES, J.: «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho Comparado y Comunitario», ob. cit., págs. 517 y ss., y BARNES, J.: «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», ob. cit., págs. 39 y ss.

⁶³ Artículo 6.1 del TUE: 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

cipios generales del Derecho. A tenor del carácter imperativo de esta atribución, la función del principio de proporcionalidad en este ámbito ha de ser protector, precisamente, de estos derechos y libertades, evitando, así, cualquier vulneración o limitación innecesaria de los mismos. La propia Carta de los derechos fundamentales exige que se establezcan medidas restrictivas frente a posibles limitaciones de los derechos y libertades, artículo 52.1 ⁶⁴. En cualquier caso, de existir limitaciones, estas deben respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades y su finalidad no será otra que la prevista en la ley ⁶⁵. Este contenido esencial es, junto al principio de proporcionalidad, un límite a la actividad restrictiva ⁶⁶ que pueden ejercer los poderes públicos a través de su capacidad legislatadora.

Sin embargo, hay una cuestión importante a considerar –que a veces parece postergada al olvido– y es que a los ámbitos de actuación del principio de proporcionalidad –competencias y derechos– se les debe añadir un tercer plano: el institucional. Según establece el «Protocolo (n.º 2), sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» anexo al TUE, las acciones de las distintas instituciones comunitarias –la Comisión Europea, el Parlamento Europeo o el Consejo de Europa– deben fundamentarse en el principio de proporcionalidad, tanto en lo referente a su organización interna como en su función legislativa ⁶⁷, que, en esencia, es su principal actividad. La presencia de la proporcionalidad en el origen de los actos legislativos, dice GALETTA, «constituye un límite bastante consistente tanto en lo que afecta a la actividad de producción normativa como en lo referente a la actividad de aplicación del Derecho comunitario ⁶⁸». Con ello se asegura la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE y la correcta gestión de las competencias comunitarias por parte de las instituciones.

2.2. *El principio de proporcionalidad en materia tributaria a nivel comunitario*

Como se ha explicado, los derechos fundamentales, tanto los contemplados en las constituciones de los Estados miembros como los contenidos en los Tratados y Convenios de la UE, suponen un límite interno para cualquier norma, ya que estas, en su regulación, no pueden afectar al *contenido esencial* de dichos derechos. Esta misma idea subyace también en el ámbito tributario cuando se analiza el nexo que

Artículo 6.3: Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

⁶⁴ Artículo 52.1 de la CDFUE: Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

⁶⁵ Así lo establece el artículo 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

⁶⁶ «el principio de proporcionalidad representa un límite externo más a la actividad limitadora, en tanto que el contenido esencial se sitúa entre los límites internos.» (Ibíd., pág. 42.)

⁶⁷ Artículo 5 del Protocolo (n.º 2). Sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad: Los proyectos de actos legislativos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Todo proyecto de acto legislativo debería incluir una ficha con pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

⁶⁸ GALETTA, D-U.: «El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario», ob. cit., pág. 81.

vincula el ciudadano y el Estado en materia fiscal: el llamado *deber de contribuir*. El ciudadano, en todos los Estados que conforman la UE, está llamado al sostenimiento del gasto público; no obstante, este *llamamiento* no puede ser absoluto, ya que entonces el Estado correría el peligro de extralimitar las barreras de los derechos fundamentales que salvaguardan al contribuyente, resultando su actividad confiscatoria. En el caso español, por ejemplo, la capacidad económica a la que se alude en el artículo 31.1 de la CE —«todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica de acuerdo con un sistema tributario justo [...]»— constituye un límite a la acción legislativa tributaria⁶⁹ que evita cualquier injerencia desmesurada del Estado. Esto da a entender que todos los actos de los poderes públicos, también los que intervienen en materia fiscal, deben tener una acción limitada, a fin de que [como dice PÉREZ ROYO] «el ciudadano no sea un simple objeto de la decisión estatal, o mejor dicho, de la arbitrariedad estatal»⁷⁰. Por su parte, los Estados, veladores de los derechos y libertades de los contribuyentes comunitarios, deben respetar el principio de proporcionalidad en el ejercicio de sus competencias fiscales; principio que, como se ha venido diciendo, está contemplado tanto en los ordenamientos internos de los Estados miembros⁷¹, como en el ordenamiento comunitario, al que están sometidos después de haber ratificado los Tratados de Adhesión⁷². El ordenamiento tributario español basa la aplicación del sistema tributario en el principio de proporcionalidad⁷³, entre otros, de forma que el fisco debe respetar los derechos y libertades de los contribuyentes en todas las acciones que lleve a cabo. Asimismo, las normas tributarias del ordenamiento jurídico español, legalmente aceptadas y constituidas, deberán ser respetuosas con el principio de proporcionalidad.

Luego, la norma tributaria debe cumplir con los requisitos del principio de proporcionalidad, deber ser idónea y debe exigir un medio apropiado para lograr una finalidad. Este medio consiste en la exigencia del pago de un tributo para, así, lograr la sustentación del gasto público —del cual todos los ciudadanos nos beneficiamos⁷⁴—, que es, en resumen, la finalidad pretendida. No obstante, los tri-

⁶⁹ Así lo entiende PÉREZ ROYO cuando dice: [...] el principio de capacidad contributiva sancionado en el propio artículo 31.1 de la CE, funciona como un límite a la acción legislativa en materia tributaria. Límite que se desarrolla en varias direcciones: En primer lugar, como una garantía del contribuyente, en la medida en que se relaciona el deber de contribuir con el concurso a los gastos públicos, lo cual representa un límite. (PÉREZ ROYO, F.: «Principio de legalidad, deber de contribuir y Decretos-Leyes en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 13, 1985, pág. 68.)

⁷⁰ MOSCHETTI, G.: «El principio de proporcionalidad en las relaciones Fisco-Contribuyente», *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, n.º 140, 2008, pág. 739.

⁷¹ «La justificación de la inclusión de la proporcionalidad entre los principios básicos de la Unión Europea se encuentra en el hecho que este principio es indispensable para el Estado de derecho y para la libertad y el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos». MOSCHETTI, G.: «El principio de proporcionalidad en las relaciones Fisco-Contribuyente», ob. cit., pág. 748.

⁷² A modo de ejemplo, el artículo 96.1 de la CE: Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

⁷³ Artículo 3.2 de la LGT: La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios.

⁷⁴ En relación con esta incidencia sobre la relación entre los contribuyentes y el gasto público, J.L. PÉREZ DE AYALA considera que el interés público es el interés particular del Estado, es decir, «el interés financiero del Estado, que entra en conflicto con los intereses privados de los contribuyentes». No obstante, PÉREZ DE AYALA justifica este interés financiero, plasmado en el Tributo, al tener una «causa final» que no era otra que el servicio al «Bien común» definido, este, a su vez, como un bien objetivo y conveniente para todos, por ser complementario y enriquecedor de los bienes e «intereses» particulares o privados». (PÉREZ DE AYALA, J.L.: *Algunos problemas interpretativos del artículo 31.1 de la Constitución Española en un contexto jurisprudencial*, Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2008, pág. 25). PÉREZ DE AYALA, partiendo

butos no deben ser excesivos en relación con el fin que persiguen –la financiación del gasto público–, por lo que no deben obedecer a una lógica confiscatoria, sino que, en términos de justicia tributaria, deben partir del principio de capacidad económica como punto de referencia para obtener tal financiación⁷⁵. Solamente así un Estado conseguirá un sistema tributario proporcional y respetuoso con los derechos fundamentales de los contribuyentes. Sin embargo, aunque todos los Estados miembros de la Unión cumplan con la exigencia de la proporcionalidad en sus sistemas tributarios internos, y sean escrupulosamente respetuosos con los derechos fundamentales de sus ciudadanos/contribuyentes, ello no es garantía de que en la Unión estos principios se cumplan con la misma eficiencia. La situación en la que se encuentra el Derecho comunitario –su escasa injerencia/influencia en la legislación tributaria interna de cada Estado miembro– propicia que se produzcan vulneraciones de principios generales o de objetivos de la Unión, o de derechos y libertades fundamentales de ciudadanos europeos. Es, por tanto, esta atomización legislativa existente entre los Estados miembros la que produce situaciones conflictivas a nivel supraestatal.

La normativa tributaria está elaborada para satisfacer los intereses del propio Estado, muchas veces sin tener en cuenta que los ciudadanos de los países que integran la Unión Europea somos titulares de unos derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario que no pueden ser vulnerados por el juego y colisiones de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado. En definitiva, se trata finalmente de una cuestión de equilibrio entre el interés general de los Estados y los derechos fundamentales de los ciudadanos⁷⁶. El principio de proporcionalidad, apunta Pasquale PISTONE, debe actuar como una herramienta de carácter subsidiario respecto de los principios comunitarios –fundamentalmente respecto del principio de no discriminación y de igualdad de trato–. Dirigido en esta línea, el principio de proporcionalidad se presenta en el ámbito tributario como la clave para resolver una conflictividad cuyas consecuencias resultan impredecibles. No tan solo respecto de las libertades fundamentales de la UE⁷⁷ –llegando, como ya se ha comentado, a vulnerarlas– sino también respecto de los derechos fundamentales de los contribuyentes otorgados por cada una de las Constituciones de sus Estados. Por tanto, en el ámbito tributario de la Unión, el principio de proporcionalidad, «buscando el máximo beneficio para todos con el mínimo sacrificio de los menos⁷⁸», deberá ser un instrumento que ayude a resolver la tensión entre el deber de los ciudadanos a contribuir al sustento del gasto público y sus derechos y libertades fundamentales.

de la premisa de la *causa impositiois* de la doctrina escolástica, considera que el objetivo por el que se grava al ciudadano es, precisamente, este bien común del conjunto de la comunidad. Aunque, no basta esta causa última para considerar como justo un tributo. Por esto, exige, PÉREZ DE AYALA, la imposición de «una carga adecuada y equitativa en proporción a las ya iguales, ya diversas, capacidades económicas de los llamados por la ley a pagar» a fin de legitimar los tributos como justos. (PÉREZ DE AYALA, J.L.: *El principio...*, ob. cit., pág. 43).

⁷⁵ En este sentido, véase: ROZAS VALDÉS, J.A.: «Nota preliminar» en GALLO, F. *Las razones del fisco. Ética y justicia en los tributos*, Marcial Pons (inédito). En la que hace, precisamente, una reflexión sobre la capacidad económica como punto de partida para exigir al ciudadano el conjunto de contribuciones públicas de un modo justo y no desproporcionado.

⁷⁶ Solo hace falta consultar el artículo 128.1 de la CE en el cual se aprecia claramente la prevalencia del Estado en cuestión de tributos: «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general». No obstante, los Estados que entran a formar parte de la Unión deberán subordinarse a lo establecido en los Tratados, como ya se ha comentado anteriormente.

⁷⁷ Cfr. PISTONE, P.: «Presunzioni assolute, discrezionalità dell'amministrazione finanziaria e principio di proporzionalità in materia tributaria secondo la corte di giustizia», *Rivista di Diritto tributario*, Fasc. 5, 1998, págs. 113-114.

⁷⁸ Cfr. ROZAS VALDÉS, J.A. y VILLAR EZCURRA, M.: «La asistencia mutua tributaria a la luz del principio de proporcionalidad», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 254, 2006, pág. 75.

II. EL PROBLEMA DE LA DOBLE IMPOSICIÓN DIRECTA EN LA UNIÓN EUROPEA DESDE LA PERSPECTIVA DE TRES CASOS

1. El choque entre poderes tributarios: la falta de coordinación entre ordenamientos fiscales y el peligro de la doble imposición en las Haciendas europeas

La influencia del Derecho comunitario sobre los distintos impuestos es notable, sobre todo en lo que concierne a la imposición indirecta; ámbito en el que, en los últimos decenios, la aplicación de la normativa europea ha ido *in crescendo*. No obstante, no ha sucedido así en lo relativo a la imposición directa —eje central de esta investigación— donde la influencia del Derecho comunitario positivo ha sido, y sigue siendo, más superficial. Ello obedece principalmente a la diversidad de políticas fiscales y a la falta de unanimidad de la Unión en la adopción de decisiones en esta materia, hecho que hace muy complejo el avanzar al respecto. Como se ha comentado, el Derecho comunitario debe gozar de primacía frente a la legislación interna de los Estados integrantes de la Unión ⁷⁹; aun así, en materia de imposición directa, resulta difícil llevar a la práctica —ejercer— tal primacía, precisamente debido a la inexistencia de regulación comunitaria sobre los impuestos directos.

Hasta la fecha, los Estados integrantes de la Unión han luchado por mantener intacto su poder tributario ⁸⁰. Esta pugna por preservar la autonomía en materia tributaria —esencialmente en la imposición directa— les ha permitido conservar la suficiente libertad para determinar y decidir sus propias reglas tributarias. El Estado, como apunta Calderón CARRERO, «pese a la relevante transformación operada en el mundo económico, continúa manifestándose soberano en materia fiscal, consecuencia de lo cual cada país permanece libre para configurar con plena independencia su sistema tributario» ⁸¹. La autonomía que ostenta un Estado miembro en elegir el punto de conexión que vincula al contribuyente al pago de un tributo puede originar una situación en la que, por un mismo hecho imponible, dicho contribuyente sea sometido a tributación en dos Estados a la vez. Esto da lugar a que se produzca una doble imposición sobre el ciudadano que tenga vínculos tributarios en más de un Estado ⁸², al tener el mismo hecho imponible puntos de conexión diferentes ⁸³ con las normativas tributarias de los distintos Estados en cuestión. Luego, como se puede observar, la persistencia de los Estados en mantener su autonomía en materia tributaria es la causa principal de la falta de una normativa fiscal

⁷⁹ Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.: «¿Hacia una nueva configuración de las relaciones entre el Derecho comunitario y la normativa nacional en materia de imposición directa? El caso Gilly», *Revista española de Derecho financiero*, n.º 102, 1999, pág. 300.

⁸⁰ Véase MANSON, R.: «Flunking the ECJ's Tax Discrimination Test», *Columbia Journal of Transnational Law*, V. 46, 2007, págs. 42 y ss.

⁸¹ CALDERÓN CARRERO, J.M.: *La doble imposición internacional en los impuestos sobre la renta y el patrimonio y las medidas y métodos para su eliminación*, Universidade da Coruña, 1996, pág. 27.

⁸² Así lo establece el apartado 13 del EC Law and Tax Treaties elaborado por la Comisión Europea en 2005: «The Member States thus have sovereign power to determine the connecting factors bringing taxpayers within their respective powers of taxation. The factor connecting a taxpayer to a tax system may vary [...] Such allocation may result in tax disparities disadvantageous to Community citizens exercising their freedoms under the Treaty.» (Comisión Europea, *EC Law and Tax Treaties*, Bruselas: CE, 2005, pág. 6).

⁸³ «Tal falta de coordinación, no de uniformidad, se manifiesta, esencialmente, en la yuxtaposición de criterios de sujeción fiscal de varios Estados sobre los mismos hechos imponderables originando, a la postre, doble imposición internacional» (CALDERÓN CARRERO, J.M.: *La doble imposición internacional en...*, ob. cit., pág. 36).

comunitaria que regule las relaciones tributarias entre los Estados miembro; lo que, a su vez, genera situaciones de conflicto tributario entre los Estados y los contribuyentes que, obligados a contribuir en más de un Estado, en según qué circunstancias, ven menoscabados sus derechos y libertades.

Ahora bien, los Estados, a fin de evitar los posibles perjuicios de una doble imposición y proteger los derechos de sus ciudadanos, aprovechando su soberanía tributaria pueden establecer Convenios de doble imposición (CDI) cuya principal misión es, precisamente, evitar conflictos de índole fiscal entre los Estados firmantes de los Convenios. No obstante, tampoco los CDI son garantía suficiente para solucionar el problema⁸⁴. Actualmente, en el marco legislativo de la UE, la doble imposición *sensu stricto* (1.2) representa un problema de difícil solución, y constituye un reto para los Gobiernos. HERRERA MOLINA sintetiza a la perfección qué supone la doble imposición en el ordenamiento jurídico y cuáles son los efectos que produce sobre el ciudadano comunitario: «La doble imposición constituye [...], sin duda, un obstáculo a la libre circulación de personas, servicios y capitales, así como a la libertad de establecimiento y [...] genera un trato discriminatorio, pues golpea a quienes ejercitan tales libertades»⁸⁵. Efectivamente, la doble imposición genera situaciones que, a su vez, vulneran los principios establecidos en los Tratados constitutivos de la Unión. Es decir, se trata de situaciones terminantemente prohibidas a nivel europeo⁸⁶, ya que equivalen a una violación de los preceptos principales de cualquier constitución. Paradójicamente, a pesar de la problemática que supone la doble imposición, la UE ha suprimido de los Tratados constitutivos el precepto que en el antiguo TCE prohibía la doble imposición dentro de la Comunidad (2). A diferencia de la mayoría del articulado del antiguo TCE, que se ha distribuido o ampliado entre los actuales TUE y TFUE, el artículo 293 del TCE, que establecía la supresión de la doble imposición en la Unión, se ha eliminado⁸⁷. No obstante, la abolición de este artículo no debería ser percibida como una aceptación de la doble imposición en la UE⁸⁸, aunque tal abolición del TUE y el TFUE sitúe al ordenamiento en un vacío legal que, en cierto modo, posibilite la vulneración de los derechos y libertades del contribuyente.

La situación se presenta un tanto esquizofrénica ya que, por un lado, se insiste en el respeto y primacía de los derechos, libertades y principios de la UE —que HERRERA MOLINA ha resumido tan acertadamente—, aunque, incongruentemente, por otra parte, la propia Unión, reformulando el Tratado, elimina el artículo 293 del TCE y con él el precepto por el que se prohibía la doble imposición en el seno de la Unión. Si bien esta circunstancia no debería interpretarse como el otorgamiento de

⁸⁴ Cfr. HERRERA MOLINA, P.M.: *Convenios de doble imposición y derecho comunitario*, ob. cit., págs. 119-120.

⁸⁵ HERRERA MOLINA, P.M.: *Convenios de doble imposición...*, ob. cit., pág. 58.

⁸⁶ El TUE establece en su artículo 2 y 3.3 párrafo segundo el combate contra la discriminación en el seno de la Unión, quedando este concepto plenamente desarrollado en los artículos 18 a 25 del TFUE. Respecto la libertad de circulación de personas, mercancías y capitales, y la libertad de establecimiento, quedan también desarrollados en el Título IV (arts. 45 a 66) de la Tercera parte del TFUE. Al tratarse de principios, derechos y libertades establecidos en los dos Tratados constitutivos de la UE son preceptos inviolables, que deben estar por encima de cualquier ordenamiento jurídico estatal, ya que el Derecho de la Unión, como ya se ha comentado, tiene la particularidad de prevalecer sobre cualquier ordenamiento interno, al tratarse de una condición *sine qua non* que deben aceptar los Estados firmantes de los Tratados de adhesión.

⁸⁷ Cfr. Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (2010/C 83/01) y Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2010/C 83/01).

⁸⁸ «However, as this provision was devoid of direct effect and merely constituted a political declaration, the effect of its deletion should not be overestimated or perceived as a sign of removing the abolition of double taxation from the political agenda of the EU» (ADAMCZYK, L.: «The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation» en LANG, M.; PISTONE, P.; SCHUCH J. y STARINGER, C. (Eds.), *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, Vienna: Linde, 2010, pág. 24).

carta blanca para los Estados, la realidad es que tal prohibición no queda expresamente plasmada en las normas de más peso de la Unión, como son sus Tratados. Con lo cual, teniendo en cuenta que prácticamente el control absoluto en materia tributaria recae en los Estados, la situación dirige a los contribuyentes europeos hacia el mismo dilema: ¿qué debe prevalecer: el interés general de los Estados miembros en materia fiscal o bien los derechos fundamentales de los contribuyentes?

Si bien «el Derecho comunitario obliga a interpretar la norma nacional a la luz de los principios y objetivos perseguidos por las normas comunitarias»⁸⁹, al ser estos el precepto máximo a respetar; a veces el TJUE no parece tener claro este mandato. En la mayoría de jurisprudencia referente a casos de doble imposición en los que se produce una vulneración de los derechos y libertades o de los principios que protegen al contribuyente, sorprendentemente –y a pesar de la obligación de respetar los principios y obligaciones establecidos en las normas comunitarias–, el TJUE ha fallado a favor del Estado, obviando los derechos que avalan al contribuyente. Estas sentencias son motivo de controversia y reflexión. Es por ello que de la abundante jurisprudencia encontrada se han seleccionado tres casos, en los que colisionan derechos y principios debido a la doble imposición, para analizarlos y comentarlos en los siguientes epígrafes de la investigación.

2. El caso C-513/04: Mark Kerckhaert, Bernadette Morres vs. Belgische Staat

El matrimonio Kerckhaert-Morres, residente en Bélgica, percibió una serie de dividendos de una empresa, Eurofers SARL, establecida en Francia. Basándose en el artículo 15.3 del Convenio para evitar la doble imposición franco-belga, el Estado francés, como compensación por el impuesto de sociedades, les otorgó el derecho a percibir un crédito fiscal. Con lo que «con arreglo a esta disposición dicho crédito fiscal se asimila a las rentas de dividendo. A los dividendos brutos se les aplicó en Francia una retención en la fuente del 15 por 100 en concepto de impuesto sobre la renta»⁹⁰. Por lo que, al realizar su declaración de la renta en Bélgica, el matrimonio Kerckhaert-Morres solicitó la bonificación fiscal a la que el Convenio franco-belga da derecho en compensación del impuesto francés recaudado en la fuente. Sin embargo, el legislador belga estableció en el Código de impuestos sobre la renta que:

«[...] las personas físicas ya no tienen derecho a ese crédito fiscal cuando perciben dividendos de empresas establecidas en otro Estado procedentes de las rentas que ya han sido gravadas en dicho Estado con el impuesto sobre la renta, de modo que tales rentas soportan el impuesto que en dicho Estado se retiene en la fuente más el impuesto previsto en el artículo 171 apartado 3, del código de impuestos»⁹¹.

Al estar el matrimonio Kerckhaert-Morres sometido tanto al impuesto belga como al francés, decidió instar la anulación de la resolución de la administración tributaria belga, que le denegaba su solicitud, ante el *Rechtbank van eerste aanleg te Gent*, al considerar una posible infracción del artículo

⁸⁹ MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.: «Capítulo I. Introducción: Imposición directa y Derecho comunitario» en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Valencia: Edición Fiscal CISS, 2005, pág. 649.

⁹⁰ Apartado 9 de la STJUE, de 14 de noviembre de 2006, Mark Kerckhaert y Bernadette Morres vs. Belgische Staat C-513/04 (NFIJ024029).

⁹¹ Apartado 5 de la STJUE, de 14 de noviembre de 2006, Mark Kerckhaert y Bernadette Morres vs. Belgische Staat C-513/04 (NFIJ024029).

lo 73 B, apartado 1 del TCE (actual 63 TFUE ⁹²) referente a la libre circulación de capitales en la UE. Ante esta posibilidad, al considerar que el litigio exigía una interpretación del Derecho comunitario, el *Rechtbank van eerste aanleg te Gent* decidió suspender el procedimiento hasta que el TJUE se pronunciase al respecto de la cuestión prejudicial que se le planteaba ⁹³.

2.1. Problemática

La problemática del caso se plantea como una posible vulneración de la libre circulación de capitales en la UE por parte de la normativa estatal belga en materia del impuesto sobre la renta, ya que se someten a tributación los dividendos procedentes de sociedades no residentes sin permitir la imputación de la retención en la fuente practicada por el otro Estado miembro, en este caso Francia, tal y como establecía el CDI de cooperación fiscal entre ambos Estados. Como consecuencia, el matrimonio Kerckhaert-Morres resulta contribuyente de dos impuestos sobre la renta distintos: uno por obligación real, el francés, y otro por obligación personal, el belga. Es evidente la doble imposición fruto del ejercicio paralelo de la potestad tributaria en dos Estados miembros. No obstante, recordemos que, precisamente, para evitar los efectos que la doble imposición genera entre los Estados miembros existen los CDI, creados «para evitar o atenuar los efectos negativos para el funcionamiento del mercado interior que se deriven de la coexistencia de sistemas tributarios nacionales» ⁹⁴.

Sin embargo, sin perjuicio de la importancia que genera el supuesto conflicto entre las Haciendas de ambos Estados, lo que aquí se pretende no es tanto el análisis de si se produce o no vulneración de las libertades comunitarias, sino ver cómo afecta la doble imposición a los derechos fundamentales del propio ciudadano europeo. En este sentido, más allá de la problemática principal, trasciende una dimensión paralela, que también se ve afectada por la doble imposición, que es la de los derechos fundamentales de los contribuyentes. Por lo que se analizarán las sentencias emitidas por el TJUE desde esta óptica.

En el caso Kerckhaert-Morres, la dimensión de los derechos fundamentales se centra en la posible vulneración del derecho a la propiedad, que queda recogido en el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007 ⁹⁵. Esta posible vulneración es debida a la confiscación generada por la doble imposición. En esto radica, fundamentalmente, la cuestión que se intentará resolver: qué debe prevalecer ¿el derecho a la propiedad o el derecho de los Estados miembros a percibir las contribuciones para hacer frente a los gastos públicos (*deber de contribuir*)?

⁹² Artículo 63.1 del TFUE: [...] quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

⁹³ Apartado 14 de la STJUE, de 14 de noviembre de 2006, Mark Kerckhaert y Bernadette Morres vs. Belgische Staat C-513/04 (NFJ024029).

⁹⁴ Apartado 20 de la STJUE, de 14 de noviembre de 2006, Mark Kerckhaert y Bernadette Morres vs. Belgische Staat C-513/04 (NFJ024029).

⁹⁵ Artículo 17.1 de la CDFUE: Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.

3. El caso C-298/05: Columbus Container Services BVBA & Co vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt

Columbus Container Services BVBA & Co es una sociedad en comandita belga con domicilio social situado en Amberes, Bélgica, cuyas participaciones sociales están repartidas en un 80 por 100 entre ocho miembros de una misma familia (cada uno con un 10% de las participaciones) y el 20 por 100 restante pertenece a una sociedad personal alemana de cuyas participaciones, a su vez, son titulares los mismos miembros de esta familia. Según la normativa alemana, Columbus es considerada una sociedad personal, por lo que no tributará por el impuesto de sociedades alemán sino que los beneficios obtenidos se imputarán a prorrata a cada uno de los socios, quedando, en consecuencia, estos beneficios sujetos al impuesto sobre la renta alemán ⁹⁶. No obstante, en Bélgica, por la actividad que lleva a cabo, Columbus es calificada como *centro de coordinación*, estando, por ello, sujeta al impuesto de sociedades belga. Sin embargo, existe un Convenio bilateral entre el Estado alemán y el belga, firmado el 11 de abril de 1967 ⁹⁷, por el cual se pretende evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Según dicho convenio bilateral «las rentas de una persona residente en Alemania que procedan de Bélgica y tributen en este último Estado miembro en virtud del Convenio estarán exentas de impuestos en Alemania ⁹⁸».

Columbus forma parte de un grupo económico de dimensión internacional cuya actividad económica proviene, principalmente, de los rendimientos derivados de la gestión de unas inversiones del capital concretas: aquellas especificadas en el artículo 10 apartado 6, segunda frase de la Ley alemana de tributación de las relaciones internacionales, en su versión modificada por la Ley de lucha contra el fraude y de reordenación fiscal, de 21 de diciembre de 1993. Lo que ocurre con estos rendimientos es que son considerados como rendimientos intermedios, derivados de las inversiones del capital de sociedades extranjeras intermedias, cuyos rendimientos, a su vez, están sujetos a un tipo reducido ⁹⁹. Esto conlleva que la mayor parte de los rendimientos de Columbus están sometidos a este régimen. De modo que, según la misma ley alemana, en su artículo 20 apartados 2 y 3, estos rendimientos, en la medida en que hayan tributado en el extranjero (en este caso en Bélgica donde está domiciliada Columbus), y tributen en Alemania como rendimientos intermedios derivados de inversiones del capital, «la doble imposición no se evitará mediante exención sino mediante imputación de los impuestos recaudados en el extranjero sobre tales rendimientos» ¹⁰⁰; igual que el patrimonio surgido de estos rendimientos, independientemente de lo establecido en 1967 para evitar la doble imposición entre Alemania y Bélgica.

El 8 de junio de 1998 el *Finanzamt Bielefeld-Innenstadt* (*Finanzamt* en adelante), siguiendo lo establecido en el Convenio de 1967, mediante liquidación, eximió a los socios de tributar por los

⁹⁶ Apartados 3 y 4 de la STJUE, de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt C-298/05 (NFJ026989).

⁹⁷ Apartado 7 de la STJUE, de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt C-298/05 (NFJ026989).

⁹⁸ Así se establece según el artículo 23, apartado 1, punto 1 del Convenio, tal y como se expresa en el apartado 8 de la STJUE, de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt C-298/05 (NFJ026989).

⁹⁹ Apartado 10 de la STJUE, de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt C-298/05 (NFJ026989).

¹⁰⁰ Apartado 9 de la STJUE, de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt C-298/05 (NFJ026989).

rendimientos de Columbus. Sin embargo les sometió a tributación por los beneficios obtenidos por la explotación de Columbus. De modo que no se les eximió del pago del impuesto sino que, siguiendo la ley alemana, se les imputó el impuesto recaudado en Bélgica. Ante esta situación, Columbus presentó reclamación ante el *Finanzamt*, que fue desestimada. Por esta razón decidió presentar recurso a los órganos de justicia alemana.

3.1. Problemática

En este caso el problema consiste en que la ley alemana de 1993 sustituye el método de exención previsto en el Convenio para evitar la doble imposición entre Alemania y Bélgica de 1967 por el de imputación. Esta doble tributación hace que Columbus considere que la normativa alemana vulnera la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 del TCE (actual 49 TFUE) ¹⁰¹, ya que, al pasar de una exención tributaria sobre los rendimientos obtenidos a una mera imputación, la situación se vuelve menos atractiva para aquellas empresas con establecimientos transfronterizos, circunstancia que, según Columbus, incide sobre la libertad de establecimiento, puesto que puede llegar a condicionar el lugar de establecimiento. El propio tribunal alemán no solo considera la posible vulneración de esta libertad sino que, además, cree que constituye un obstáculo para la libre circulación de capitales previsto en el artículo 56 del TCE ¹⁰² (actual 63 TFUE).

Del mismo modo que el caso Kerckhaert-Morres en Columbus la doble imposición, resultado de sustituir la exención por la imputación, no tan solo produce una posible vulneración de la libre circulación de capitales o de la libertad de establecimiento, cabe considerar si también podría verse afectado el derecho sobre la propiedad privada, al tener que pagar dos impuestos sobre la renta distintos, el impuesto belga y el alemán —a pesar de que se conserve la imputación y la carga sea inferior al pago íntegro del impuesto—. También se tendrá que comprobar qué debe prevalecer si el interés del Estado o el derecho fundamental del ciudadano.

4. El caso C-67/08: Margarete Block vs. Finanzamt Kaufbeuren

La Sra. Block, residente en Alemania, es heredera única de una persona fallecida en 1999, también con residencia alemana, cuya herencia consta, básicamente, de bienes del capital mobiliario depositado, en parte, en instituciones financieras alemanas y, en parte, en instituciones financieras españolas ¹⁰³. Sucede que la Sra. Block, por el mero hecho de heredar los bienes muebles situados en España, estaba realizando el hecho imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones español ¹⁰⁴. Este impuesto es considerado una obligación personal para todos los contribuyentes con residencia

¹⁰¹ Artículo 49.1 del TFUE: [...] prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.

¹⁰² Apartado 24 de la STJUE, de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt C-298/05* (NFJ026989).

¹⁰³ Apartado 9 de la STJUE, de 12 de febrero de 2009, *Margarete Block vs. Finanzamt Kaufbeuren C-67/08* (NFJ031324).

¹⁰⁴ Véase el artículo 3.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

en España. En el caso de personas no residentes que hereden bienes o derechos situados en España, estas también quedan sujetas al mismo, ya que este impuesto también es de carácter real para todos aquellos adquirentes de «bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza, que estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en territorio español»¹⁰⁵.

En consecuencia, la Sra. Block, considerada contribuyente del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones español, tuvo que abonar el correspondiente importe de dicho impuesto. Sin embargo, para su sorpresa, en su liquidación tributaria de 14 de marzo de 2000, el *Finanzamt Kaufbeuren* (*Finanzamt* en adelante) determinó el impuesto de sucesiones que se le exigía en Alemania, sin tener en cuenta el Impuesto sobre Sucesiones abonado ya en España¹⁰⁶, por lo que esta señora presentó una reclamación solicitando la imputación del Impuesto sobre Sucesiones que ya se había abonado en España en el Impuesto sobre Sucesiones que le correspondía pagar en Alemania, de modo que, al ser el Impuesto sobre Sucesiones español mucho mayor que el alemán, el exceso le fuese devuelto. No obstante, el *Finanzamt* se pronunció ante dicha reclamación estableciendo, mediante decisión de 4 de julio de 2003, que solamente se dedujera la deuda fiscal española como un pasivo de la herencia, minorándose la base imponible, que no la cuota, del ISD a abonar en Alemania¹⁰⁷. De esta forma, una vez realizadas todas las deducciones pertinentes, a la Sra. Block le salía una liquidación positiva a ingresar en la Hacienda alemana. Ante esta situación, la Sra. Block decidió interponer recurso ante los Tribunales alemanes.

4.1. Problemática

Se observa, pues, la doble imposición sobre unos mismos bienes del capital mobiliario. La justificación para no imputar el impuesto ya abonado en España en el impuesto a abonar en Alemania se debe a la normativa alemana. La Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones alemana establece que el pago del mencionado impuesto recae sobre las personas físicas residentes en Alemania —es decir, que tengan domicilio o residencia habitual en territorio nacional alemán— por todos aquellos bienes objeto de transmisión cuando el causante o el adquirente tengan condición de residentes. La propia Ley Alemana especifica que para aquellos adquirentes cuyo patrimonio en el extranjero esté sujeto en este otro país, en el que se encuentran, a un impuesto similar al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones alemán, se les imputará dicho impuesto extranjero, ya abonado, al impuesto alemán, siempre y cuando el patrimonio esté igualmente sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones alemán¹⁰⁸.

El órgano judicial que resolvía en casación (el *Bundesfinanzhof*) observó que se producía esta doble imposición debido a la inexistencia de una normativa comunitaria que armonizase el concepto de *patrimonio en el extranjero* entre los Estados miembros. Al encontrarse en tal disyuntiva, dicho órgano planteó unas cuestiones prejudiciales al TJUE, ya que consideró que esta doble imposición podría resultar contraria al Derecho comunitario, por producir una restricción de la libre circulación de capitales del artículo 63 del TUE (antiguo 56 TCE). Sin embargo, como ya se ha venido expo-

¹⁰⁵ Véase el artículo 7 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

¹⁰⁶ Apartado 10 de la STJUE, de 12 de febrero de 2009, *Margarete Block vs. Finanzamt Kaufbeuren* C-67/08 (NFJ031324).

¹⁰⁷ Apartado 11 de la STJUE, de 12 de febrero de 2009, *Margarete Block vs. Finanzamt Kaufbeuren* C-67/08 (NFJ031324).

¹⁰⁸ Véase la normativa alemana expuesta en los apartados 5 a 8 de la STJUE, de 12 de febrero de 2009, *Margarete Block vs. Finanzamt Kaufbeuren* C-67/08 (NFJ031324).

niendo en los casos anteriormente analizados, no es esta la cuestión que resulta de interés para el presente trabajo, sino la posible vulneración, por parte de la normativa alemana, de los derechos fundamentales de la Sra. Block. En concreto el derecho a la propiedad privada.

III. APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA DE ROBERT ALEXY ANTE LOS CASOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. El deber de contribuir y el derecho a la propiedad: la proporcionalidad como manifestación de justicia tributaria

La UE, como entidad supraestatal compuesta por Estados sociales, democráticos y de Derecho, del mismo modo que sus Estados integrantes, debe procurar el bienestar ¹⁰⁹ de los ciudadanos europeos. El bienestar del que nos habla la Unión es herencia de aquel *bien común* que ya formulaban en su tiempo los clásicos ¹¹⁰, entendido este como el máximo bien o el bien más justo –justicia distributiva– para todos los ciudadanos. En el ámbito tributario, a tal efecto, es necesario contar con el Derecho tributario que se constituye indispensable para la consecución del bien común, más justo, para los contribuyentes ¹¹¹. En un sentido análogo, se puede decir que la causa final del Derecho tributario es la justicia social.

Fruto de aquellos ideales clásicos, una característica común define el *sistema tributario* de los Estados miembros de la UE, y en consecuencia de la misma Unión: su dimensión distributiva y tributaria. En la *dimensión distributiva* es notoria la influencia preceptiva del bien común, ya que el gasto público revierte en la sociedad ¹¹² al objeto y finalidad de que, como contraprestación, el conjunto de los ciudadanos goce de unos servicios y prestaciones que mejoren su calidad de vida. Aunque con ello se acabe transponiendo el concepto axiológico de bien común –esto es, los ideales de justicia distributiva– a una realidad material de bien común –esto es, a la función social de redistribución de la renta y de la riqueza–. Esta *dimensión distributiva*, sin embargo, no sería posible sin la mediación del tributo ¹¹³, como elemento destinado a detraer recursos económicos de los ciudadanos con el fin de redistribuirlos para hacer posible la consecución del bien común. Con todo, para conseguir la plenitud del bien común, el cumplimiento de una correcta redistribución de los bienes y una justa provisión de servicios sociales no es condición suficiente, se requiere, además, un sistema tributario adecuado, es decir, justo ¹¹⁴.

¹⁰⁹ Artículo 3.1 del TUE: La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.

¹¹⁰ Véase ARISTÓTELES, *La gran moral*, Lib. I, cap. 1, en <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc02007.htm> (10/02/2012) y SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, 1.^a – 2.^{ae}, 90, y 2.^a – 2.^{ae}, 58, en <http://hig.com.ar/sumat/> (10/02/2011).

¹¹¹ VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: «Justicia y relación tributaria. Una panorámica», *Verbo*, n.ºs 415-416, 2003, pág. 417.

¹¹² PAUNER CHULVI, C.: «La configuración del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 59, 2001, pág. 203.

¹¹³ *Ibid.*, pág. 203.

¹¹⁴ «[...] la potestad tributaria no puede desvincularse de los valores superiores que inspiran el conjunto del ordenamiento, y de modo muy especial del valor justicia» (FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «El diseño constitucional del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 47, 1, 1997, pág. 94.).

Si el tributo es en sí mismo el instrumento de la justicia social, y la justicia social es el fin propio del tributo, se suscita acto seguido una pregunta: ¿qué se entiende por un sistema tributario justo? De forma general, se considera que un sistema tributario es justo cuando la contribución a la financiación del gasto público se lleva a cabo atendiendo a la capacidad económica del contribuyente y a los principios constitucionales del Derecho tributario de igualdad, progresividad¹¹⁵ y no confiscatoriedad¹¹⁶. Se pretende con ello una correcta redistribución del gasto público, que es en resumen la finalidad fiscal, pero, también, la salvaguarda de los bienes y derechos constitucionalmente protegidos¹¹⁷. Entonces, para que un sistema tributario sea justo deberá *ajustarse* a estos principios. En cierto modo, la sujeción a estos principios tiene como objeto limitar la potestad tributaria del Estado. Si el Estado rebasa este límite, por exceso o por defecto, cae en la injusticia. De los principios mencionados, el principio de no confiscatoriedad, por su configuración como garantía de la propiedad y de la renta, requiere una atención especial en la elaboración de este estudio, puesto que es en la estructura misma de este principio tributario donde con mayor objetividad se descubre el límite que separa un impuesto justo de otro injusto; a pesar de que la tendencia a subjetivar la institución de la Justicia y la propia complejidad del Derecho tributario convierta este límite en una línea un tanto difusa y difícil de determinar.

En el ámbito del Derecho tributario hay consenso en pensar que lo que determina el límite de la justicia tributaria es «la capacidad económica de cada uno»¹¹⁸. Por ley, un ciudadano está obligado a contribuir a la sustentación de las cargas públicas cuando manifieste capacidad contributiva¹¹⁹; esta capacidad contributiva se demuestra por su capacidad económica. Si al amparo de esta norma se sobrepasa en exceso la carga fiscal que recae sobre el ciudadano y se le obliga a contribuir más de lo debido, se transgreden, entonces, los límites que fija su capacidad contributiva. La consecuencia es una merma excesiva de su capital que repercute negativamente en su economía y en su patrimonio. Es decir, se excede del límite de su capacidad económica, lo que, a su vez, conlleva que el contenido propio de su derecho a la propiedad privada se vea constreñido¹²⁰. En términos más claros, cuando el Estado, de forma arbitraria, excesiva e innecesaria, se apropia de una parte considerable o de la

¹¹⁵ Cfr. ESCRIBANO, F.: *La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales*, Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1988, pág. 246.

¹¹⁶ Cfr. RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «El sistema tributario en la Constitución. (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 36, 1992, págs. 53 y ss.

¹¹⁷ Cristina PAUNER apunta que «La finalidad extrafiscal del sistema tributario implica que la imposición de deberes tributarios no se oriente exclusivamente a la obtención de ingresos para financiar los gastos públicos sino que a través de ellos se protejan otros bienes constitucionalmente relevantes» (PAUNER CHULVI, C.: «La configuración del deber de contribuir...», ob. cit., págs. 204 y ss.).

¹¹⁸ Así lo remarcan HERRERA MOLINA y ROZAS VALDÉS partiendo de las reflexiones de Fernando SAINZ DE BUJANDA cuando dicen: «Un sistema tributario tan solo podrá reputarse justo si se inspira en un principio de ordenación de los tributos que merezca tal calificativo y ese principio no puede ser otro sino el de repartir la carga tributaria entre los ciudadanos en función de la capacidad económica de cada uno.» (HERRERA MOLINA, P.M. y ROZAS VALDÉS, J.A.: «La justicia en la obra de Sainz de Bujanda», *Fernando Sainz de Bujanda. Fundador de los estudios de Derecho Financiero y Tributario*, Maestros Complutenses del Derecho, Madrid: Facultad de Derecho y Fundación Santander Central Hispano, 2003, pág. 244.).

¹¹⁹ SAINZ DE BUJANDA, F.: «Estructura jurídica del sistema tributario», *Revista de Derecho financiero y de hacienda pública*, V. XI, n.º 41, 1961, en *Anales de la Universidad de Murcia: Derecho*, v. XX, n.º 1, 1962, pág. 122.

¹²⁰ Así lo señala PÉREZ ROYO, cuando equipara el efecto confiscatorio a la vulneración del derecho de propiedad: «[...] en aquellos supuestos en que una Ley configurase de tal manera un tributo que llegase a producir tal efecto confiscatorio o de anulación del derecho de propiedad [...]» (PÉREZ ROYO, F.: *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2008, pág. 65.)

totalidad de los derechos patrimoniales del contribuyente vulnera, a todas luces, el principio constitucional de no confiscación.

Para evitar la confiscatoriedad sobre los bienes y riquezas del contribuyente es necesario hallar un instrumento que procure un equilibrio entre los derechos del contribuyente y el poder del Estado. Es preciso, además, que este instrumento frene el abuso de la potestad tributaria del Estado, tanto en la producción de normas tributarias como en su aplicación ¹²¹. Por su acción paralela y coadyuvante al principio de no confiscatoriedad en la protección del derecho a la propiedad privada y a la renta, el principio de proporcionalidad se presenta como el instrumento necesario y fundamental para evaluar la Justicia de un sistema tributario.

Nuestro Tribunal Constitucional señala que la «capacidad económica a efectos de contribuir a los gastos públicos, tanto significa como la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra ¹²²». Esta exigencia, que en calidad de potestad tributaria el Estado utiliza para hacer frente al gasto público, no significa, ni en modo alguno justifica, que la riqueza —la renta, la propiedad— pueda estar sometida al expolio del Estado, ya que se llegaría a «agotar la riqueza imponible [y] a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades» ¹²³. La reflexión de nuestra Corte constitucional en este sentido comporta el otorgar a la propiedad privada cierta protección al enmarcarla en la sección de derechos y deberes de los ciudadanos —que no de los derechos fundamentales y libertades públicas—. Esta protección también debería ser tenida en cuenta a nivel comunitario, y con más razón si cabe, cuando los Tratados europeos vigentes, a través de la incorporación de la Carta de Niza y del Tratado de Lisboa, reconocen el derecho a la propiedad como un derecho fundamental de los ciudadanos europeos. Sin embargo, a pesar de ello, no sucede así y, en ocasiones, la protección a este derecho resulta dudosa, llegando incluso a ser nula, cuando el ciudadano —y contribuyente— europeo se encuentra ante un caso de doble imposición.

La complejidad y las dificultades intrínsecas al Derecho tributario se complican aún más en el escenario contributivo comunitario debido a que, como ya se ha señalado en el epígrafe 2.1, los Estados miembros ¹²⁴ gozan de soberanía tributaria, es decir, son autónomos en materia impositiva. Intentar una solución significa debatir entre la doble responsabilidad que tiene cada Estado miembro, una, hacia el interés general y, la otra, hacia el ciudadano. En pos de la protección de sus intereses recaudatorios, el Estado prima la primera sobre la segunda y esto hace que frente al deber de contribuir no se tenga en cuenta la capacidad económica del ciudadano, que pasa a un segundo término. Si a esto

¹²¹ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «El principio de proporcionalidad y los procedimientos tributarios» en FERNÁNDEZ MARÍN, F. (dir.); FORNIELES GIL, Á. (coord.), *Derecho comunitario y procedimiento tributario*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2010, pág. 89.

¹²² FJ 4, STC 27/1981, de 20 de julio de 1981 (NFJ000001).

¹²³ FJ 9, STC, 150/1990, de 4 de octubre de 1990 (NFJ004014).

¹²⁴ Franco GALLO reconoce el exceso que cometen los Estados miembros aprovechándose de su titularidad sobre la potestad tributaria, y a la pregunta de «por qué la UE y la misma Corte de justicia hasta ahora no hayan tomado, ni siquiera en vía de principio, una posición activa sobre temas delicados relativos a los límites del poder normativo de imposición y a las garantías contra los excesos de tales poderes», responde que es debido «al persistente condicionamiento de la integración normativa comunitaria al respecto de las cuatro libertades de mercado y la consecuente, subrayada y difícil comparación de los dos sistemas [comunitario y estatal]». [GALLO, F.: *Las razones del fisco. Ética y justicia en los tributos*, Marcial Pons (inédito)].

se le añade el factor comunitario, resulta que la responsabilidad de estos Estados no se limita al ámbito nacional, sino que además ese deber le obliga a evitar que se vulneren los derechos fundamentales y las libertades comunitarias¹²⁵. La realidad, no obstante, demuestra que con frecuencia los Estados se olvidan de este deber y la doble imposición es práctica común en la Unión. La doble exigencia de pago *perpetrada* por los Estados crea desproporcionalidad hacia el contribuyente europeo ya que puede significar tener que soportar una carga excesiva que, como resultado, provoca la confiscación –de parte o del total– de los bienes del contribuyente, generando con ello una situación de injusticia.

La problemática, sin embargo, no termina aquí, puesto que al analizar hasta qué punto los derechos fundamentales de los ciudadanos pueden verse lesionados se advierte que, en según qué circunstancias, también resulta afectada alguna de las cuatro libertades comunitarias existentes. En opinión de Carlos PALAO pueden verse vulnerados¹²⁶ los derechos y libertades asociados a la *igualdad* de trato y de *acceso* al mercado comunitario. No obstante, como ya se ha ido reiterado en este trabajo, la pretensión no es otra que demostrar que, además, la doble imposición supone una intrusión arbitraria y desproporcionada en el derecho a la propiedad.

Del Derecho comunitario se deduce que «nadie puede ser privado de su propiedad» y que «toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes», al establecerse así en la Carta de los derechos fundamentales de la UE¹²⁷. Por lo que, partiendo de la premisa del artículo 6.1 del TUE que considera esta *Carta* como un Tratado más de la Unión, otorgándosele un valor jurídico vinculante¹²⁸, el derecho a la propiedad es un derecho fundamental de todo ciudadano europeo, que, en cuanto contenido en los Tratados, también debe ser protegido y respetado por las legislaciones de los distintos Estados miembros. Con lo cual, teniendo en cuenta la relevancia otorgada en el ámbito europeo al derecho a la propiedad privada, la doble imposición, en determinadas situaciones, puede comportar una desproporción en la exigencia de los tributos, ya que supone el pago de un tributo semejante en dos –o más– Estados miembros, por lo que se trata, en definitiva, de una situación que puede llegar a generar un trato confiscatorio para el contribuyente que equivaldría, como dice FERNÁNDEZ SEGADO citando a SAINZ DE BUJANDA, a una «destrucción del patrimonio»¹²⁹ de los contribuyentes.

¹²⁵ Cfr. PALAO TABOADA, C.: «Sistema de fuentes del Derecho tributario en el contexto del Ordenamiento jurídico comunitario. Derecho comunitario originario. Principios generales y valores jurídicos superiores. Valor normativo. Particular referencia a las libertades comunitarias y las cláusulas generales antiabuso», *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 2, 2009, págs. 13 y ss.

¹²⁶ Carlos PALAO considera que «es discutible, y no vamos a intentarlo aquí, determinar en qué medida dichas libertades están amparadas por derechos fundamentales o coinciden con el contenido de estos» (Ibid., pág. 13) y, citando a TERRA y WATTEL (TERRA, B. y WATTEL, P.: *European Tax Law*, Deventer: Kluwer, 2005, pág. 53), reconoce la conexión entre libertades y derechos fundamentales: «las cuatro libertades comprenden dos derechos básicos: el de circulación a través de las fronteras (*acceso* al mercado) y la prohibición de discriminación basada en la nacionalidad o el origen (*igualdad* en el mercado)» (Ibid., pág. 13). Con lo cual, partiendo de esta conexión, vulnerar alguna de estas libertades supone vulnerar uno de los dos derechos citados.

¹²⁷ Artículo 17 de la CDFUE.

¹²⁸ Con la aprobación del TUE, se le otorga este valor jurídico vinculante, de forma que se muestra totalmente superada la situación que RODRÍGUEZ BEREJO destacaba hace 10 años: «resulta claro que la decisión de otorgar a la Carta un valor jurídico vinculante, como texto normativo, no puede hacerse apresuradamente, de manera inmediata a su proclamación solemne, sin analizar antes de manera exhaustiva y detallada las consecuencias jurídicas de tal decisión.» (RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 1, 2001, pág. 49).

¹²⁹ Ibid., pág. 110.

Como se ha visto, es difícil perfilar los límites de la justicia tributaria y más aún en un contexto como el europeo donde intervienen tantos factores, de ahí que sentenciar cuándo un tributo es o no es confiscatorio resulte complicado. Es evidente, por no decir que es una obviedad, que, si contemplamos el conjunto de la renta de un contribuyente, la confiscación del 100 por 100 de la renta de la que este dispone es *la* confiscación de su propiedad¹³⁰. Por lo tanto, en un contexto general, en concordancia con lo indicado por Klaus TIPKE, «el *breaking point* se sitúa en el 50 por 100, aunque este porcentaje no se ha podido probar. No existe material empírico que ofrezca seguridad al respecto»¹³¹. Con todo, parece lógico que proporcionalmente, en términos generales, e incluso de aplicación de un solo tributo, a partir del 50 por 100 empiece la confiscación. La solución a esta cuestión radica en averiguar a partir de qué porcentaje impositivo empieza a ser considerado desproporcionado, y en consecuencia confiscatorio, que el contribuyente tenga que pagar dos impuestos idénticos en dos Estados miembros. Todavía más cuando se advierte que la confiscatoriedad rebasa el límite del derecho a la propiedad privada, considerada, a nivel europeo, como un derecho fundamental.

Al considerar que la justicia tributaria europea, debido a las interferencias con el poder tributario de los Estados miembros, presenta serias deficiencias en la protección y tutela de los derechos y libertades más básicos se ha querido analizar la jurisprudencia del TJUE, puesto que se sospecha que en los enfrentamientos entre el Estado y los contribuyentes hay probabilidades de que se produzca una vulneración de los derechos fundamentales del ciudadano europeo contribuyente. Los casos Kerckhaert & Morres, Columbus y Block no solo tienen que observarse desde la perspectiva de la vulneración de las libertades comunitarias —que ya es razón suficiente—, sino también desde la óptica de la posible vulneración de los derechos fundamentales y de la dignidad humana, al entender que, además, la confiscación de la propiedad también lesiona gravemente la autonomía personal y familiar del individuo contribuyente, que es, en sí misma, una de las expresiones máximas de la libertad del individuo. Así pues, mediante la metodología utilizada por Robert ALEXY, descrita con anterioridad, se tratará de sopesar qué debe prevalecer: el derecho que tiene cada individuo a la propiedad o bien el derecho de cada Estado miembro a recibir el pago de cada impuesto para contribuir al sostenimiento del gasto público. Si por todo lo expuesto prevalece el derecho a la propiedad se estará produciendo una confiscación sobre la propiedad de los contribuyentes implicados que vulnerará un derecho universal fundamental: la propiedad privada.

2. Resolución del caso C-513/04: Mark Kerckhaert, Bernadette Morres vs. Belgische Staat

En el caso Kerckhaert-Morres contra el Estado belga se plantea ante el TJUE una cuestión prejudicial relativa a la normativa tributaria belga, en concreto el impuesto sobre la renta, por una posible vulneración de la libre circulación de capitales recogida en el artículo 73 B, apartado 1 del TCE (actual 63 TFUE), cuya resolución es de suma importancia, no por el propio resultado de la sentencia sino porque la fundamentación que hace el Tribunal comunitario es cardinal para el análisis pretendido: la concurrencia de la doble imposición en la vulneración del derecho a la propiedad privada. Los recurrentes, el matrimonio belga Kerckhaert-Morres, afirman sentirse doblemente perjudicados por la tributación a la que son sometidos en el impuesto sobre la renta, tanto por la normativa belga como por la francesa. El TJUE resolvió las cuestiones prejudiciales dictaminando que la

¹³⁰ FJ 9 de la STC 150/1990, de 4 de octubre de 1990 (NFJ004014).

¹³¹ TIPKE, K.: *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*, Madrid: Marcal Pons, 2002, págs. 65 y ss.

normativa belga –que no prevé la imputación del impuesto sobre la renta recaudado en Francia¹³² mediante la retención– no es contraria a la normativa comunitaria. En opinión del Tribunal la doble imposición no supone una vulneración de la libre circulación de capitales.

El TJUE justifica el fallo de la sentencia en los apartados 22 y 23 de la fundamentación jurídica, en los cuales dice que puesto que «no se ha adoptado hasta la fecha, en el marco del Derecho comunitario, ninguna medida de unificación o de armonización tendente a eliminar las situaciones de doble imposición»¹³³; «por consiguiente, corresponde a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones como la que es objeto del procedimiento principal»¹³⁴. Y más aún cuando por las disposiciones del Tratado se «considera que un Estado miembro no se encuentra unilateralmente obligado a eliminar la doble imposición internacional»¹³⁵. Con estos fundamentos el Tribunal admite la doble imposición, aunque, en su opinión, esta no afecta a la libre circulación de capitales. Se constata la prioridad que establece el TJUE a favor de los derechos del Estado y la postergación intencionada de los derechos del contribuyente. Sin embargo, dado que esta no es la cuestión que se intenta resolver sino si la existencia de la doble imposición admitida por el TJUE vulnera el derecho fundamental a la propiedad del matrimonio Kerckaert-Morres, para la resolución de este caso, como de los otros dos ejemplos presentados, se utilizará la metodología elaborada por Robert ALEXY, que ya ha sido desarrollada en el epígrafe I.

El primer paso del método alexyano en la resolución del conflicto consiste en exponer cuáles son los derechos fundamentales que entran en colisión. Se ha visto en el análisis que coinciden, de un lado, el derecho a la propiedad contemplado en el artículo 17.1 de la CDFUE, y, del otro –dado que no existe una armonización y una regulación europea– la potestad de cada Estado miembro a recaudar para el Erario público los derechos de crédito provenientes de la tributación sobre la renta de los contribuyentes para poder sufragar el gasto público. Qué deberá prevalecer entonces el derecho a la propiedad de los señores Kerckaert y Morres o bien el deber de contribuir, depositando la parte correspondiente a la exacción del impuesto sobre la renta, en Bélgica y en Francia.

Expuesta la problemática, se procederá a sopesar cuál de los dos derechos es el que más pesa¹³⁶. Para realizar esta ponderación debe establecerse una *relación de precedencia condicionada*; es decir, según las condiciones del contexto en que se dé el caso, un principio precederá a otro. Esta relación se elaborará siguiendo los tres puntos de la teoría de ALEXY: (1) la ley de ponderación, (2) la fórmula del peso y (3) la carga de la argumentación. Es conveniente en este proceso centrarse en el caso concreto y aplicar dichos apartados a la realidad práctica de los Sres. Kerckaert y Morres. Respecto de (1) la ley de ponderación, se definirá primero (1.1.) el grado de no satisfacción del principio o derecho colisionado: en este caso el derecho a la propiedad; después (1.2.) el grado de no satisfacción del prin-

¹³² Fallo de la STJUE de 14 de noviembre de 2006, Mark Kerckaert y Bernadette Morres vs. Belgische Staat C-513/04 (NFJ024029).

¹³³ Apartado 22 de la STJUE, de 14 de noviembre de 2006, Mark Kerckaert y Bernadette Morres vs. Belgische Staat C-513/04 (NFJ024029).

¹³⁴ Apartado 23 de la STJUE, de 14 de noviembre de 2006, Mark Kerckaert y Bernadette Morres vs. Belgische Staat C-513/04 (NFJ024029).

¹³⁵ HERRERA MOLINA, P.M.: *Convenios de doble imposición...*, ob. cit., pág. 138.

¹³⁶ «En los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso» (ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 89).

cipio o derecho opuesto: o sea, el derecho de cada Estado miembro a recibir su parte del impuesto sobre la renta y, finalmente, (1.3.) medir si la satisfacción del principio contrario (derecho de los Estados) justifica la no satisfacción del primer principio (derecho a la propiedad), que da lugar a aplicar la fórmula del peso (2). El grado de insatisfacción o satisfacción se calificará como leve, medio o grave, según las circunstancias que envuelvan el caso. En el caso que nos ocupa, las circunstancias para calificar el grado de satisfacción e insatisfacción de cada principio son las siguientes ¹³⁷:

En la UE, como se ha comentado, a falta de una legislación comunitaria que regule la imposición directa, la mayor parte del control lo ejercen los Estados miembros, por lo que la elaboración y las disposiciones de los CDI destinados a evitar la doble imposición quedan, también, a merced de estos Estados. En Bélgica el impuesto de la renta se regula por el Código nacional de Impuestos sobre la renta que, al ser modificado en 1992, grava los dividendos de las rentas de los residentes nacionales con fuente extranjera con el tipo impositivo del 25 por 100. Cuando concurrieron las circunstancias del caso, existía, además, un CDI franco-belga (10 de marzo de 1964) de colaboración tributaria por el que se otorgaba una bonificación fiscal por el pago del impuesto sobre la renta francés mediante la retención en la fuente del 15 por 100 en los dividendos brutos, al cual pretendían acogerse el matrimonio Kerckhaert-Morres. Sin embargo, el Estado belga decidió unilateralmente que el Código nacional de impuestos sobre la renta modificado en 1992, al ser más actual, tuviese más relevancia tributaria que el CDI y, respecto del tipo de dividendos que poseían los Sres. Kerckhaert y Morres, les negó el derecho a percibir el crédito fiscal que ofrecía el CDI franco-belga aplicando sobre los dividendos de este matrimonio la normativa del Código nacional. Luego estos contribuyentes, por el mero hecho de poseer esta clase de dividendos, quedaban sometidos a dos tipos impositivos: uno del 15 por 100 en Francia y otro del 25 por 100 en Bélgica ¹³⁸, alcanzando un gravamen total del 40 por 100. En principio la carga impositiva total que soportan Kerckhaert y Morres no supera el *breaking point* del 50 por 100, por tanto, objetivamente, no tendría por qué considerarse confiscatorio. No obstante es necesario añadir que la determinación del límite máximo de la carga tributaria, para que no se produzca confiscación, presenta verdaderas dificultades ¹³⁹. El establecimiento de los límites confiscatorios no es una ciencia exacta, sino que, siguiendo la línea de Robert ALEXY, el contexto es clave. Aún a pesar de esta objeción, de lo que no hay duda es que el trato fiscal que se le da al matrimonio belga —una doble imposición que alcanza un 40%— repercute negativamente en su capacidad económica.

Pues bien, atendiendo al contexto, en este supuesto Bélgica ha querido ejercer su derecho a obtener las rentas para hacer frente al gasto público nacional, incumpliendo unilateralmente lo establecido en una norma de Derecho internacional, como es el CDI franco-belga para evitar la doble imposición, con lo cual, al someter a los contribuyentes Kerckhaert y Morres al pago íntegro del impuesto sobre la renta por los dividendos que poseen en Francia —que no hay que olvidar que ya han tributado en dicho país— les somete a una doble imposición desproporcionada y discriminatoria res-

¹³⁷ Las condiciones que se expondrán para poder analizar cada caso no son más que un resumen de lo que se ha expuesto a lo largo de la presente investigación. Sin embargo, es necesario sintetizar todo lo apuntado para poder aplicar correctamente la fórmula alexyana de la proporcionalidad.

¹³⁸ Así lo indica el apartado 3 de la STJUE, de 14 de noviembre de 2006, Mark Kerckhaert y Bernadette Morres vs. Belgische Staat C-513/04 (NFJ024029), remitiendo al artículo 178 apartado 3 del *Code des impôts sur les revenus* 92 belga.

¹³⁹ «Aunque se establezca el límite máximo de la carga tributaria en el 40, 50 o 60 por 100, la determinación de dicho límite en el caso concreto presenta dificultades insuperables.» (TIPKE, K.: *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*, ob. cit., pág. 66.).

pecto del resto de ciudadanos belgas que no poseen este tipo de dividendos ¹⁴⁰. Esto significa que la normativa belga conduce a una extralimitación de la potestad tributaria, llegando a límites confiscatorios, ya que no contempla ni siquiera la posibilidad de imputar el 15 por 100 ya abonado en Francia; pues equipara a todos aquellos ciudadanos que poseen dividendos en el extranjero con aquellos que no los poseen, sin tener en cuenta su capacidad económica real, sino tan solo la satisfacción de su derecho a ingresar ese 25 por 100 de los dividendos en las arcas estatales. En consecuencia, a pesar de que la carga tributaria total que recae sobre la renta de Kerckhaert y Morres no supere el umbral del 50 por 100 –se sitúa en el 40%–, la medida adoptada por Bélgica se ha de reputar de confiscatoria.

A partir de las condiciones que rodean el caso se procede a calificar los grados de satisfacción e insatisfacción de cada uno de los derechos en colisión. De una parte, el grado de no satisfacción del derecho a la propiedad de los Sres. Kerckhaert y Morres se puede calificar de grave, ya que con el pago de los dos impuestos equivalentes se erosiona gravemente su patrimonio. De otra, el grado de satisfacción del derecho de Bélgica a recibir el respectivo pago del impuesto sobre la renta se puede calificar como leve, ya que no se cuestiona tanto su soberanía tributaria como su derecho a ejercerla prescindiendo unilateralmente de sus compromisos internacionales, puesto que ignoró por completo el CDI franco-belga existente con anterioridad a la normativa nacional belga, por el que se establecía una bonificación fiscal en compensación del impuesto y al que el matrimonio Kerckhaert-Morres tenía derecho.

Acto seguido, se procederá a aplicar la fórmula del peso (2) para calibrar si la satisfacción del derecho de los Estados justifica la no satisfacción del derecho a la propiedad, y si con ello se produce la vulneración del derecho fundamental a la propiedad. Vistas las circunstancias, al sopesar ambos derechos se deduce que, objetivamente, la calificación que se debe otorgar es de grave a la insatisfacción del derecho a la propiedad respecto de una satisfacción leve del derecho de Bélgica. Según la fórmula de ALEXY, en consideración a tal calificación, al derecho a la propiedad se le otorgaría un peso numérico de 4, mientras que al derecho de Bélgica le correspondería una intensidad de satisfacción de 1. A primera vista, y con la ayuda numérica, vemos cuál es el derecho que tiene mayor peso y hacia dónde se inclinaría la balanza.

Finalmente, para terminar esta ponderación de derechos fundamentales, se debe aportar una carga de la argumentación (3) suficientemente convincente como para que el derecho colisionador, o el derecho de los Estados, no coarte de forma excesiva el ámbito del derecho a la propiedad privada. En este caso la carga argumentativa (1) en defensa del derecho que tienen los Estados miembros a recibir cada uno el impuesto sobre la renta incidiría en la finalidad legislativa, como es la ejecución del gasto público y el deber de los ciudadanos a contribuir al sostenimiento de los gastos ¹⁴¹. En atención

¹⁴⁰ HERRERA MOLINA lo especifica en «STJCE 4.11.2006, Kerckhaert-Morres, As. C-513-04: ¿Es discriminatoria la doble imposición jurídica internacional?» en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/comentarios/2006_04Nov_Herrera.pdf, pág. 1. (10/02/2012)

¹⁴¹ Siguiendo este argumento, Ramón BONELL reflexiona sobre la importancia del deber de contribuir diciendo que «respecto a la concepción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos siempre ha latido una conciencia social desfavorable en el sentido de que se percibe como una carga, considerando al Derecho tributario como una rama del Derecho contra los que más tienen en una visión negativa, frente a la positiva a favor de los que menos tienen. Como señala ÁLVAREZ DEL MANZANO, la actitud del contribuyente es determinante para establecer la eficacia de las normas que lo imponen; por ello, la actitud que se debe pretender es que el contribuyente no se sienta profundamente maltratado, que su conciencia fiscal tenga los menos [aquí falta algo] posibles para resistirse al impuesto, ya que esperar una motivación positiva y favorable como generalizada en el comportamiento de la sociedad a la hora de pagar impuestos es algo real-

al derecho que tiene el Estado a percibir el impuesto para sufragar el gasto público, excepcionalmente se podría llegar a justificar la vulneración del CDI por parte de Bélgica en base a que (2) los CDI son competencia de los Estados y, por tanto, estos tienen libertad para poder modificar la regulación como ellos crean conveniente, aunque tales modificaciones nunca deben hacerse unilateralmente, como es el caso del Estado belga ¹⁴². Sin embargo, a ojos de un juzgador objetivo, esta carga argumentativa no sería suficientemente significativa como para modificar sustancialmente el peso de los derechos en juego, pues las circunstancias que rodean el caso indican que se está produciendo una clara vulneración del derecho a la propiedad privada, sobre todo a causa de la infracción cometida a una norma de Derecho internacional, como es el CDI para evitar la doble imposición, por parte de Bélgica.

Una vez expuestos y desarrollados los tres puntos, se han planteado argumentos suficientes para realizar *la relación de precedencia condicionada* y decidir cuál debe ser el derecho a prevalecer. Coincidiendo con el resultado obtenido de la ponderación de circunstancias que afectan el caso, la carga de la argumentación inclinaria, claramente, la balanza hacia el derecho a la propiedad del matrimonio Kerckhaert y Morres, siendo de los dos derechos en colisión el que tendría más peso. La renuncia unilateral de Bélgica al cumplimiento del CDI con Francia produce una doble imposición que no debería existir y, en consecuencia, se duplica la carga impositiva exigida, sin respetar, en modo alguno, el marco delimitador de la capacidad económica de los Sres. Kerckhaert y Morres ¹⁴³. En definitiva, el derecho de Francia y Bélgica a recibir cada uno, indiscriminadamente, el pago de su impuesto sobre la renta invadiría el ámbito del derecho a la propiedad de estos contribuyentes, de tal manera que se produciría una vulneración de su contenido esencial.

En consecuencia deberían considerarse dos soluciones lógicas: en primer lugar, la restauración del CDI entre Bélgica y Francia, ya que Bélgica lo ha omitido unilateralmente. En segundo lugar, ante la problemática concreta que se plantea en el caso, la solución a aplicar, y así evitar la doble imposición, es la imputación de las rentas. Mediante el método de la imputación se equilibraría la balanza, restaurándose la proporcionalidad perdida en el momento en que Bélgica decidió anteponer la normativa nacional por encima del Convenio. De esta manera, mediante la imputación del 15 por 100 del impuesto pagado en Francia en el 25 por 100 establecido por Bélgica, el matrimonio Kerckhaert-Morres no vería su renta expuesta a la confiscatoriedad, y, además, tanto Bélgica como Francia satisfarían su Derecho a percibir las rentas de los contribuyentes, así la balanza quedaría en equilibrio de nuevo.

mente utópico.». (BONELL, R.: «Principio de igualdad y deber de contribuir», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º 38, 2005, pág. 195). Sin embargo, una cosa es pagar un impuesto –acción necesaria para mantener la inversión que el Estado hace en los contribuyentes, en forma de gasto público– y otra es que el pago de los impuestos se exceda y supere el ámbito de la capacidad económica de la que disponen los contribuyentes.

¹⁴² En definitiva «los CDI constituyen acuerdos bilaterales entre dos Estados contratantes que regulan el marco jurídico tributario aplicable a los hechos imposables que se realizan en este ámbito, distribuyendo el poder tributario entre ambos y eliminando simultáneamente la doble imposición y la evasión fiscal internacional» (CALDERÓN CARRERO, J.M.: *La doble imposición internacional...*, ob. cit., pág. 358).

¹⁴³ Vulnerar la capacidad económica de Kerckhaert y Morres, por este caso de doble imposición producido por una decisión del Estado belga, puede suponer una discriminación respecto del resto de sus conciudadanos, e incluso llegar a vulnerarse otro derecho fundamental, el de igualdad. Y es que «La carga contributiva individual es la materia en la que el derecho a la igualdad se aplica en función de la respectiva capacidad económica. Puesto que la capacidad económica es la medida de la igualdad, existe un derecho subjetivo a tributar con arreglo a dicha medida. Dicho derecho es una concreción de derecho fundamental a la igualdad.» (BONELL, R.: «Principio de igualdad y deber de contribuir», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º 38, 2005, pág. 193). Por lo que, ignorar la capacidad económica, supone una vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

3. Resolución del caso C-298/05: Columbus Container Services BVBA & Co vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt

El caso Columbus es otro ejemplo más de la típica problemática causada por la atomización legislativa: la doble imposición. La doble imposición se produce, concretamente, en el hecho de sustituir la exención por la imputación de las rentas. La normativa alemana contradice lo establecido en el mencionado CDI, de modo que los rendimientos derivados de inversiones del capital obtenidos por Columbus en Bélgica no quedan «exentos del impuesto sobre la renta para los sujetos pasivos residentes en Alemania, sino que estarán sometidos al régimen tributario alemán y el impuesto recaudado en Bélgica se imputará a la cuota del impuesto debido en Alemania»¹⁴⁴. De modo que los titulares de Columbus tendrán que abonar el impuesto belga y la diferencia de la imputación en la cuota del impuesto alemán.

En las cuestiones prejudiciales Columbus alega la «distorsión en la elección entre los distintos tipos de establecimiento»¹⁴⁵. Sin embargo, la respuesta del TJUE a estas cuestiones defiende la inexistencia de la vulneración de la libertad de establecimiento¹⁴⁶ apoyándose en el estado actual de la armonización fiscal del Derecho tributario comunitario, que se demuestra ineficaz para obligar a los Estados miembros a adoptar normativas que eliminen la problemática de la doble imposición¹⁴⁷. De tal resolución se deduce un inequívoco posicionamiento del Tribunal a favor del interés de los Estados miembros, aunque reconoce la existencia de la doble imposición¹⁴⁸. Se intuye también, aunque no claramente, una cierta predisposición del TJUE a obviar los derechos del contribuyente en favor de los del Estado. Sin embargo, del mismo modo que en el caso Kerckhaert-Morres, lo que realmente interesa conocer no es si se vulnera o no la libertad de establecimiento o la libre circulación de capitales, sino saber si la doble imposición que reconoce el TJUE vulnera el derecho fundamental a la propiedad privada de Columbus Container Services BVBA & Co.

Siguiendo el mismo esquema aplicado en el caso Kerckhaert-Morres, primero es fundamental distinguir cuáles son los dos derechos confrontados: el derecho a la propiedad privada, regulado en el artículo 17 de la CDFUE, y el derecho de los Estados belga y alemán a recaudar su parte correspondiente. Especificados los derechos en colisión, en base a las circunstancias que rodean el caso, debe determinarse el grado de satisfacción y no satisfacción de ambos derechos. Igual que en el caso Kerckhaert-Morres, el derecho colisionado es el derecho a la propiedad privada, mientras que el derecho de Alemania y Bélgica a percibir su impuesto es el colisionador, al ser el derecho satisfecho. Las circunstancias que afectan a Columbus son las siguientes:

¹⁴⁴ Apartado 35 de la STJUE, de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt C-298/05 (NFJ026989).

¹⁴⁵ Apartado 52 de la STJUE, de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt C-298/05 (NFJ026989).

¹⁴⁶ Véase apartado 54 de la STJUE, de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt C-298/05 (NFJ026989).

¹⁴⁷ La STJUE, de 14 de noviembre de 2006, Mark Kerckhaert y Bernadette Morres vs. Belgische Staat C-513/04 (NFJ024029), expresa claramente el mismo argumento que se expresa en el apartado 45 Columbus: «el Derecho comunitario, en su estado actual y en una situación como la del procedimiento principal, no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de la doble imposición dentro de la Comunidad».

¹⁴⁸ HERRERA MOLINA, P.M.: *Convenios de doble imposición...*, ob. cit., pág. 140.

La situación fiscal en la UE referente a la normativa tributaria es la misma: no existe una regulación comunitaria a este respecto en imposición directa, quedando esta reglamentada a nivel interno de los Estados mediante los CDI. En este caso, el Convenio fiscal bilateral de 1969 entre Alemania y Bélgica, para evitar una doble imposición de las rentas que los residentes en Alemania obtengan en Bélgica, establece que tales rentas quedarán exentas de tributación en Alemania. Sin embargo, la normativa interna alemana califica los rendimientos obtenidos por Columbus en Bélgica como rendimientos intermedios, con lo cual estos no quedan exentos de tributación en Alemania sino que deberán ser imputados. Por su parte, Bélgica considera a la empresa Columbus como un «centro de coordinación», por lo que la somete al impuesto de sociedades belga¹⁴⁹. En cambio, Alemania considera a Columbus como una sociedad intermedia, con lo cual –siguiendo lo establecido en el artículo 8.1 de la Ley de lucha contra el fraude y de reordenación fiscal– los rendimientos obtenidos en Columbus quedarán sujetos al impuesto sobre la renta alemán, con un tipo impositivo reducido¹⁵⁰. Aunque, según establece la ley alemana en su artículo 8.3, los rendimientos obtenidos por Columbus solo pueden ser sometidos a tipo reducido –igual o inferior del 30% según la ley alemana– cuando estos han tributado en el Estado de origen de la fuente (Bélgica) por un mismo tipo reducido. El Estado alemán decidió actuar así debido a que «la administración tributaria belga sometió a Columbus a tributación al tipo aplicable a los centros de coordinación, resultando una cuota inferior al 30 por 100 del beneficio efectivamente obtenido»¹⁵¹.

Es necesario mencionar que en Bélgica las sociedades consideradas centros de coordinación no tributan por los tipos *standard* del impuesto de sociedades del artículo 215 del Código belga, sino que gozan de su propio régimen de tributación, mucho más ventajoso¹⁵², recogido en el *arrêté royal n° 187 du 30 décembre 1982 relatif à la création de centres de coordination*. Consecuentemente, si Columbus fue sometido a este tipo impositivo superreducido en Bélgica y a un tipo reducido del 30 por 100 o inferior en Alemania, significa que la carga total a la que fueron sometidos los titulares de Columbus alcanza un gravamen total inferior al 30 por 100. Además, si tenemos en cuenta que no se practicó la exención de la renta obtenida en Bélgica, sino la imputación de la misma a los efectos del impuesto alemán, la carga final resulta aún menor. A tenor de estas circunstancias es de pensar que no existe confiscación de la propiedad privada de Columbus y sus titulares.

Si se procede a aplicar la fórmula del peso, la insatisfacción del derecho a la propiedad debería calificarse como leve, teniendo un peso de 1, ya que, si bien se le niega la exención del impuesto en Alemania, se le permite la imputación del impuesto pagado en Bélgica por parte del Estado germano. Además, teniendo en cuenta los bajos tipos impositivos a los que se somete Columbus por parte de ambos

¹⁴⁹ Apartado 12 de la STJUE, de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt C-298/05* (NFJ026989).

¹⁵⁰ Apartado 11 de la STJUE, de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt C-298/05* (NFJ026989).

¹⁵¹ Apartado 17 de la STJUE, de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container Services BVBA & Co. vs. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt C-298/05* (NFJ026989).

¹⁵² Los centros de coordinación belga han sido sometidos a tipos que se podrían denominar como súper reducidos, de, por ejemplo un 8 por 100 (ERNST & YOUNG TAX CONSULTANTS, *Régime fiscal spécial belge pour Centres de Coordination*, Ernst & Young Tax Consultants, 2001, pág. 4), cosa que ha generado controversias respecto de su situación, haciendo que se procediese a un examen del régimen fiscal (véase URIOL EGIDO, C., *STJCE 22.6.2006, As. ac. C-182/03 y C-217/03: Ayuda de Estado –Régimen de ayudas existente– Régimen fiscal de los centros de coordinación establecidos en Bélgica –Decisión de la Comisión según la cual dicho régimen no constituye una ayuda –Cambio de apreciación de la Comisión– Artículo 87 CE, apartado 1 –Protección de la confianza legítima – Principio general de igualdad*, en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/comentarios/2006_22Jun_Uriol\(as182\).pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/comentarios/2006_22Jun_Uriol(as182).pdf)). (10/02/2012)

Estados no se puede considerar confiscatoria la situación en la que se encuentra. Respecto de la satisfacción del derecho de Bélgica y Alemania, esta debería ser elevada, calificándose como 4, al recibir Bélgica la integridad del impuesto y al mejorar Alemania su financiación al pasar de la exención a la imputación. En este contexto, vistas las circunstancias y los valores otorgados a cada derecho, no es necesario añadir una carga de la argumentación para justificar el derecho colisionador, porque se aprecia claramente que no se produce vulneración del derecho a la propiedad privada de Columbus y sus titulares.

4. Resolución del caso C-67/08: Margarete Block vs. Finanzamt Kaufbeuren

Finalmente, la problemática a resolver en el caso Block se presenta mediante la doble imposición que se produce entre dos impuestos de sucesiones: el alemán y el español que, en opinión de la Sra. Block, restringe el principio de libre circulación de capitales regulados en los artículos 56 y 58 de la CE (actuales 63 y 65.3 TUE). Por un lado, la normativa alemana establece que no todos los bienes heredados que se encuentran en otro Estado miembro, distinto del que reside el causante (Alemania), dan lugar al derecho de imputación previsto en el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones alemán¹⁵³. No obstante, según esta misma normativa el patrimonio en el extranjero, que da derecho a la imputación, no incluye ciertos elementos patrimoniales, tales como los créditos del capital que heredó la Sra. Block, aun cuando estos se encuentren situados en el extranjero. Por otro lado, en España, la Ley 29/1987, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, establece en su artículo 7 que quedan sujetos los herederos no residentes en España «por obligación real respecto a los bienes y derechos, cualquiera "que sea su naturaleza que estuvieran situados, hubieran de cumplirse o pudieran ejercitarse en territorio español"»¹⁵⁴.

En consecuencia, los mismos capitales que ya fueron gravados en España, por obligación real, también son gravados en Alemania sin posibilidad de deducir el impuesto español. Esta situación hace que estos créditos del capital quedaran gravados doblemente por el Impuesto sobre Sucesiones alemán y por el Impuesto sobre Sucesiones español. Respecto de la cuestión prejudicial presentada ante el TJUE, la resolución emitida sigue la misma tónica que las dos resoluciones anteriormente comentadas: niega la existencia de la vulneración de la libre circulación de capitales, ya que entiende que los artículos 56 y 58 de la CE no se oponían a la normativa de un Estado miembro, como el alemán, que no prevé la imputación del Impuesto sobre Sucesiones abonado en otro Estado miembro, como es el español, en el Impuesto sobre Sucesiones exigible en Alemania. Con lo cual nuevamente el TJUE obvia deliberadamente los derechos del contribuyente en franca predisposición hacia los del Estado.

Sin embargo, en consonancia con los casos anteriormente resueltos, la cuestión que es de interés no es propiamente el fallo del Tribunal respecto a la libre circulación de capitales, sino descubrir si la doble imposición que se produce, como resultado de la imputación del Impuesto sobre Sucesiones alemán y del español, vulnera el derecho fundamental a la propiedad privada de la Sra. Margarete Block. Aplicando la teoría alexyana los derechos que entran en colisión siguen siendo: el derecho a la propiedad privada, regulado en el artículo 17 de la CDFUE, y el derecho fundamental de Alemania y

¹⁵³ Apartado 12 de la STJUE, de 12 de febrero de 2009, Margarete Block vs. Finanzamt Kaufbeuren C-67/08 (NFJ031324).

¹⁵⁴ FALCÓN Y TELLA, R.: «Los puntos de conexión en el ISD y la libre circulación de personas y capitales: Dictamen motivado de la Comisión», *Quincena Fiscal. Revista de actualidad fiscal*, n.º 15-16, 2010, págs. 7.

España a recaudar el Impuesto sobre Sucesiones para afrontar los gastos públicos. En este caso el derecho colisionado y no satisfecho es el derecho a la propiedad privada de la Sra. Block, mientras que el derecho colisionador y satisfecho es el derecho de los dos Estados miembros, que perciben el ingreso del Impuesto sobre Sucesiones. Expuestos los derechos colisionadores. La cuestión, una vez expuestas las condiciones y el contexto en el que se encuentra esta colisión de derechos fundamentales, será averiguar si la satisfacción del derecho de los Estados compensa la no satisfacción del derecho fundamental de la Sra. Block, cosa que se determinará aplicando la fórmula del peso.

La Sra. Block, residente en Alemania, heredó en 1999, de un causante también residente alemán, un caudal relicto constituido, básicamente, por capital mobiliario en Alemania y en España por valor de 144.255 DEM y 994.494 DEM, respectivamente. Estos 994.494 DEM representan el total de la herencia; no obstante, la base liquidable sujeta a gravamen en Alemania fue de 579.000 DEM, de los cuales la Sra. Block tuvo que abonar al Estado español¹⁵⁵ la cuota de 207.565 DEM. Sin embargo, este no fue el único gravamen que se le impuso, sino que el propio ISD alemán volvió a gravar estos capitales depositados en instituciones financieras españolas porque, tal y como establecía el artículo 21.2.1 de la Ley del ISD alemán, no se preveía la imputación del ISD español en el alemán, por no considerarse los créditos del capital depositados en instituciones financieras situadas en España como *patrimonio en el extranjero*, ya que no se encontraban especificados como tal en el artículo 121 de la Ley de Valoración alemana. Con lo cual la Sra. Block se encontró con que:

«[...] las cuentas y depósitos bancarios fueron objeto de una doble imposición, como consecuencia de la aplicación de criterios distintos sobre el lugar en que se entienden situados dichos derechos: la residencia del deudor, en el caso español, con la consiguiente sujeción por obligación real, dado que los deudores eran entidades financieras españolas; y la residencia del acreedor (es decir, del causante), conforme la Ley alemana, lo que determinó la sujeción por obligación personal sin posibilidad de aplicar la deducción en la cuota del impuesto español, puesto que esta última ley solo permite aplicar la deducción a los bienes situados fuera de Alemania.¹⁵⁶»

Las consecuencias que se derivaron de esta descoordinación en los puntos de conexión que sujetan el ISD español y alemán fueron dos: por una parte la doble imposición y por otra una carga impositiva con un tipo medio del 57,35 por 100 sobre la herencia de la Sra. Block. Margarete Block tuvo que abonar un importe del Impuesto sobre Sucesiones alemán de 124.500 DEM; si a esta cantidad le añadimos la cuota española de 207.565 DEM se genera un importe total de 332.065 DEM, cosa que supone ingresar en ambos Estados un 57,35 por 100 de su parte de la herencia. Situación que indica una clara confiscatoriedad sobre este caudal relicto, ya que la carga total que tuvo que soportar la Sra. Block superaba significativamente el umbral del 50 por 100¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Se especifica Estado español y no la Comunidad Autónoma donde estaba depositado el capital mobiliario, porque, tal y como establece el artículo 21.3 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en el caso de la obligación real de contribuir, la tarifa aplicable será siempre la establecida en la tabla que contiene el artículo 21.2, aplicable cuando las Comunidades Autónomas no hayan asumido las competencias normativas en Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

¹⁵⁶ FALCÓN Y TELLA, R.: «La herencia de la Sra. Block y la STJCE 12 febrero 2009: la necesidad de modificar los criterios de sujeción al ISD por obligación real», *Quincena Fiscal. Revista de actualidad fiscal*, n.º 7, 2009, pág. 8.

¹⁵⁷ Con más razón existe confiscatoriedad si se entiende –igual que el banquero suizo Hans-Dieter Vontobel– que «Quien se ve obligado a pagar más del 50 por 100 de los ingresos que ha obtenido legalmente se encuentra esclavizado de hecho por el Estado y necesita especial protección y ayuda». (TIPKE, K.: *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*, ob. cit., pág. 71).

Partiendo de este contexto, y con unas cifras que constatan la confiscatoriedad por parte de los Estados hispano y germano, al sopesar ambos derechos, se demuestra que resulta imposible compensar la insatisfacción del derecho a la propiedad de la Sra. Block. La insatisfacción del derecho a la propiedad de la contribuyente debe calificarse como grave y recibir la calificación de 4, frente a una satisfacción leve, calificada de 1, del derecho de España y Alemania. No obstante, como carga de la argumentación, a favor de ambos Estados miembros, para equilibrar la balanza 4-1, debe resaltarse la falta de un convenio bilateral que contemple las fórmulas para evitar la doble imposición¹⁵⁸—situación perfectamente legítima, ya que los Estados pueden tener la normativa interna que consideren oportuna para sus intereses—. Sin embargo, este no debería ser argumento suficiente como para equilibrar la balanza, puesto que se demuestra palmariamente que los Estados miembros obvian el derecho a la propiedad de sus ciudadanos, haciendo que la confiscatoriedad sea una práctica tolerada. Por esta razón, en este caso concreto, dadas las circunstancias que lo envuelven y el perjuicio que se le ocasiona a la contribuyente—pues el monto total de la doble imposición se acerca al 60% de la herencia percibida— existe una flagrante vulneración al derecho fundamental a la propiedad privada.

Ante esta situación de doble imposición lo más viable sería plantear el establecimiento de un convenio bilateral entre España y Alemania, ya que solucionaría los conflictos tributarios generados por los Impuestos sobre Sucesiones. Es decir, si ambos Estados—y también los demás Estados miembros— considerasen la posibilidad de equiparar los criterios de conexión de uno y otro impuesto resolvería en gran medida el problema de la doble imposición¹⁵⁹. En opinión de Ramón FALCÓN Y TELLA, si se atendiese la sujeción del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones según el lugar de residencia del causante titular de la cuenta o depósito y se olvidase la residencia de la entidad financiera, como hace España¹⁶⁰, para los herederos no residentes, estos quedarían sujetos a un solo Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el del país de residencia del causante.

IV. CONCLUSIONES

Después de conjugar, en este Trabajo Final de Carrera, la teoría de la proporcionalidad de Robert ALEXY con el fenómeno jurídico de la doble imposición dentro de la UE, a fin de comprobar la tesis esbozada en el planteamiento del trabajo—donde se especulaba sobre una posible vulneración del derecho a la propiedad privada producida por la doble imposición— en base a los resultados obtenidos de la investigación, se extraen unas breves, pero contundentes, conclusiones:

- I. La metodología de Robert ALEXY corrobora el planteamiento con el que se inicia este trabajo y permite constatar que en ciertos casos los contribuyentes europeos, cuyas rentas se ven afectadas por la doble imposición, están en una situación de vulneración del derecho a la propiedad privada.

¹⁵⁸ Las soluciones clásicas para la doble imposición son: exención íntegra, exención con progresividad, imputación íntegra o imputación ordinaria (Cfr. SAINZ DE BUJANDA, F.: *Lecciones de Derecho financiero*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994, pág. 60)

¹⁵⁹ «If she had been granted a tax credit for the inheritance taxes paid in Spain, the German inheritance tax would have been reduced from the actual €63,655 to €0» (NÆSS-SCHMIDT, H.S.; PEDERSEN, T.T.; HARHOFF, F.; WINIARCZYK M. y CHRISTIAN JERVELUND, C.: *Study on inheritance taxes in EU Member States and possible mechanisms to resolve problems of double taxation in the EU*, Copenhagen Economics, 2010, pág. 45).

¹⁶⁰ FALCÓN Y TELLA, R.: «Los puntos de conexión en el ISD...», ob. cit., pág. 10 y FALCÓN Y TELLA, R.: «La herencia de la Sra. Block y la STJCE...» ob. cit., 2009, pág. 10.

tadas por la doble imposición, sufren un trato desproporcionado y confiscatorio por parte del Estado —o Estados implicados— que menoscaba su capacidad económica e incide directamente en su patrimonio, es decir, en su propiedad privada. Por tanto, la metodología alexyana puede considerarse adecuada al objetivo pretendido, pues nos ha permitido constatar que, en ocasiones, la doble imposición vulnera el derecho fundamental a la propiedad privada. La aplicación de la fórmula alexyana indica que en dos de los tres casos en los que se ha ensayado, Kerckhaert-Morres y Block, existe el menoscabo de este derecho fundamental. Principalmente, porque no hay proporcionalidad en la aplicación de los tributos por parte de los Estados miembros.

Vista la existencia de la vulneración de la propiedad privada, al quedar la balanza de la Justicia desequilibrada, tal y como se ha demostrado con la fórmula del peso de Robert ALEXY, lo ideal tiene que ser el reequilibrio, que se restaure la Justicia en los casos de los Sres. Kerckhaert y Morres y la Sra. Block. Así, pues, cabe plantearse finalmente cuáles serían las posibles soluciones que devolviesen la proporcionalidad a ambos casos y, así, hacer Justicia. En primer lugar, en el asunto Kerckhaert-Morres la desproporción que provoca la vulneración del derecho a la propiedad de los Sres. Kerckhaert y Morres viene dada por el quebrantamiento del CDI establecido entre Bélgica y Francia, por parte del Estado belga. Una posible solución genérica —no específica al caso en cuestión— sería el obligado cumplimiento del Convenio por parte del Estado, de modo que lo establecido en el mismo prevaleciera ante cualquier normativa interna. Un CDI es una norma de Derecho internacional entre dos Estados, por lo que un solo Estado no puede dejar de aplicarlo, y menos aún en favor de una normativa interna.

Una solución concreta al caso Kerckhaert-Morres podría darse en la imputación de las rentas. Según el artículo 178.3 del código belga, el gravamen del 25 por 100 aplicable a las rentas de los Sres. Kerckhaert y Morres es un tipo especial; además, se trata de un tipo único, no progresivo, por lo que, en este caso en concreto, no podría aplicarse una exención progresiva, como se ha mencionado en el caso Block, sino que la imputación del tipo del 15 por 100 pagado en Francia en el 25 por 100 a pagar en Bélgica sería la justa medida para procurar un ejercicio proporcional de los derechos en colisión. Tanto Bélgica como Francia verían satisfecho su derecho a percibir las rentas de los contribuyentes para sufragar el gasto público, por lo que no cabría esperar confiscación sobre las rentas del matrimonio Kerckhaert-Morres, que no vería vulnerado su derecho a la propiedad privada.

En segundo lugar, en el caso Block, en vista de que el problema de la doble imposición se inicia por la descoordinación en cada Estado del punto que conecta al contribuyente con el pago del impuesto, el primer paso para solucionar la doble imposición consistiría en equiparar los puntos de conexión existentes en España y Alemania en los Impuestos sobre Sucesiones pertinentes. Lo más adecuado sería que el punto fuese la residencia del causante, de este modo solo se gravaría una vez al heredero, y este solo pagaría el Impuesto sobre Sucesiones en el Estado de residencia del causante. Si se hubiera hecho así la Sra. Margarete Block solo hubiera tenido que abonar el impuesto en Alemania. En este caso, la legislación a cambiar sería la española, donde la conexión no es personal sino real. El segundo paso consistiría en establecer un CDI sobre el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones entre el Estado español y alemán, en el que se especificase este punto de conexión común y la solución ante la doble imposición que se le asocia. La solución posible podría hallarse entre una imputación o una exención progresiva. De esta manera los dos Estados, en mayor o menor medida, satisfarían su derecho a

percibir el ingreso del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para poder sustentar el gasto público. En consecuencia, ni la Sra. Block ni los Estados miembros verían vulnerados sus derechos y se equilibraría la balanza de forma proporcional, dando a cada parte su derecho ¹⁶¹.

- II. Actualmente ninguna normativa comunitaria obliga, en sentido estricto, a los Estados miembros a eliminar la doble imposición, salvo que los mismos Estados establezcan convenios entre ellos que eliminen o atenúen esta práctica. Por lo tanto, ante casos de doble imposición, en los que está en juego la prevalencia de unos derechos reconocidos constitucionalmente por la UE, frente a los derechos y potestades de los Estados miembro –como en el caso Kerckhaert-Morres frente a Bélgica o en el caso Block frente a Alemania–, el TJUE tiende a pronunciarse a favor de los Estados miembros considerando que no existe vulneración de las libertades europeas, aunque con ello contribuya y consienta la vulneración de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea –el derecho a la propiedad privada en ambos casos–.

No obstante, hay que considerar que el TJUE resuelve exclusivamente en base a unas cuestiones prejudiciales y no dispone de apoyo normativo que le faculte ante la posibilidad de reflexionar y profundizar sobre posibles vulneraciones de derechos fundamentales si las prejudiciales no lo demandan. La ausencia de apoyo normativo se debe a la complejidad que entraña encontrar una estructura normativa que se adecue a los principios fundamentales de la UE y sea, a la vez, compatible con la legislación fiscal de los Estados miembros. Sin embargo, esto no debería ser impedimento para que desde las propias instituciones comunitarias se introdujeran medidas complementarias que, aunque se ajustaran exclusivamente al ámbito de la Justicia europea, ante situaciones en que resulten afectados los derechos fundamentales, permitieran al Tribunal implementar nuevos criterios, que tal vez no se han tenido en cuenta en las cuestiones prejudiciales planteadas, pero que, sin embargo, podrían mejorar sustancialmente las soluciones dadas por el TJUE.

- III. La vulneración del derecho a la propiedad privada en Kerckhaert-Morres y en Block evidencia el perjuicio que puede llegar a causar la doble imposición sobre la propiedad de los contribuyentes europeos, con lo cual no basta con solucionar estos dos casos concretos, ya que el problema seguirá existiendo mientras la situación del Derecho tributario no cambie en el seno de la Unión. En un contexto como el actual, en el que debido a la falta de acuerdo entre los Estados miembros respecto a la tributación directa, se están vulnerado derechos y libertades, cabría establecer una solución global. Se podría pensar en un Convenio Europeo, con calidad de norma europea –es decir, supranacional y con aplicabilidad en toda la UE– en el que se estableciesen cuáles deben ser los puntos de conexión al que someter a los contribuyentes europeos en cada caso de doble imposición entre cualquier Estado miembro, evitando así dicho fenómeno y, por consiguiente, el efecto negativo que supone el menoscabo a los derechos de los contribuyentes.

¹⁶¹ Cabe añadir que la reciente Recomendación 2011/856/UE, de la Comisión, de 15 de diciembre de 2011, relativa a medidas encaminadas a evitar la doble imposición en materia de sucesiones otorga desgravaciones fiscales para los bienes muebles e inmuebles situados en otros Estados miembros, diferentes del de la residencia habitual del heredero. Si este tipo de medidas no fuera tan solo una Recomendación, sino que tuviera fuerza de Directiva –es decir, que fueran de naturaleza obligatoria–, la mayor parte de la problemática que genera la doble imposición –y que se dan en el marco del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones– se vería amainada. No obstante, es importante reconocer el avance que supone una Recomendación de estas características, por parte de la Comisión; ya que supone un avance, sin precedentes, para la protección de los derechos de los contribuyentes.

LOS RETOS FISCALES EN LAS REESTRUCTURACIONES DE NEGOCIOS DE LOS GRUPOS MULTINACIONALES

ALBERTO AMORÓS VIÑALS

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

LA respuesta de los grupos multinacionales a los retos planteados por la globalización y la crisis económica está siendo, cada vez más, la deslocalización y centralización de sus funciones a fin de incrementar la eficiencia y reducir costes.

La consecuencia es que determinadas jurisdicciones fiscales ven minorada la renta gravable generada en su territorio. Es de esperar que las administraciones fiscales concernidas examinen con detenimiento los efectos fiscales de estas reestructuraciones.

Las cuestiones a tratar tendrán que ver con la aplicación de los convenios de doble imposición y, en especial, con la problemática de los precios de transferencia. En este contexto el Informe de la OCDE sobre aspectos de precios de transferencia en las reestructuraciones de negocios, hoy incorporado a las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, aporta importantes herramientas para abordar el análisis de este tipo de operaciones.

Palabras clave: grupos multinacionales, reestructuraciones empresariales, precios de transferencia y reasignación de beneficios.

FISCAL CHALLENGES OF BUSINESS RESTRUCTURINGS IN MULTINATIONAL GROUPS

ALBERTO AMORÓS VIÑALS

Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

THE response of multinational groups to the challenges posed by globalization and the economic crisis is being increasingly, the reallocation and centralizations of functions to increase efficiency and reduce costs.

The consequence is that certain tax jurisdictions are affected by the reduction of its taxable incomes. It is expected that tax authorities concerned scrutinize in detail the fiscal impact of these restructurings.

The issues to be addressed will relate to the application of double taxation conventions and, in particular, with the issue of transfer pricing. In this context, the OECD report on transfer pricing aspects of business restructurings, nowadays incorporated to the OECD transfer pricing guidelines, provides important tools to tackle the analysis of this kind of operations.

Keywords: multinational groups, business restructurings, transfer pricing and profit reallocation.

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión.
2. Delimitación del concepto.
3. Normativa internacional y doméstica.
4. Tipos de reestructuración.
 - 4.1. Reorganización del área de distribución.
 - 4.2. Reorganización del área de fabricación.
 - 4.3. Centralización de activos, funciones o riesgos en una compañía especializada.
5. Cuestiones que se plantean en las reestructuraciones de negocios.
 - 5.1. Compensación por transferencia de activos.
 - 5.2. Indemnización a la entidad reestructurada.
 - 5.3. Aplicación de precios de transferencia a la actividad reestructurada.
 - 5.4. Participación en los ahorros de costes y sinergias de la reestructuración.
 - 5.5. Problemática del establecimiento permanente.
 - 5.6. No reconocimiento de la operación.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Entendemos por reestructuración de negocios o reestructuración de empresas (traducción literal del término inglés *business restructurings*) el traslado de toda o parte de la actividad de un grupo multinacional desde un país hacia otro, esto es, la deslocalización total o parcial de la actividad de un grupo multinacional.

En consecuencia, en todo proceso de reestructuración de negocios existirá una jurisdicción fiscal perjudicada que pierde renta gravable, mientras que otra jurisdicción verá acrecentada su actividad económica.

Empleando la terminología propia de los precios de transferencia, puede decirse que una reestructuración empresarial supone una reasignación transfronteriza de funciones, riesgos y activos dentro de un grupo multinacional, de tal manera que determinadas sociedades del grupo ceden funciones, riesgos y activos a otras sociedades del grupo localizadas en un territorio distinto. Evidentemente, esa reubicación de funciones, riesgos y activos significará, en último término, una nueva asignación de beneficios dentro del grupo, razón por la que puede hablarse de filiales perjudicadas y filiales beneficiadas por la reestructuración.

La OCDE se refiere a estas operaciones como «repliegue transfronterizo» de un grupo multinacional, de tal modo que filiales asentadas en un determinado país son vaciadas o degradadas en favor de otras filiales extranjeras.

Es conveniente recordar que, según datos del Instituto Nacional de Estadística, en el año 2009 las filiales de grupos extranjeros en España ascendían a 8.064, lo que representaba el 0,4 por 100 del total de empresas asentadas en el país, el 22,5 por 100 del volumen de negocio y el 10,9 por 100 del empleo total, siendo el principal sector, en número de filiales, el del comercio, seguido por servicios e industria. Por tanto, la economía española es especialmente sensible a un eventual «repliegue transfronterizo» de los grupos multinacionales.

Ahora bien, no debe pensarse que estos procesos de deslocalización afectan exclusivamente a economías que, como la española, son mayoritariamente sede de filiales de grupos extranjeros. Al contrario, sucede que todas las economías desarrolladas, ya sean preferentemente sede de filiales o de cabeceras de grupo, están afectadas por el mismo fenómeno. Esto es así, porque los grupos multinacionales están modificando todos los niveles de sus cadenas de valor, incluidos los servicios centrales que antes constituían el núcleo de sus sociedades matrices radicadas en el país de origen del grupo. Estos servicios centrales son, por ejemplo, la gestión estratégica del grupo, la propiedad y gestión de sus intangibles comerciales e industriales, las actividades de investigación y desarrollo, la gestión activa de su cartera de filiales y la financiación de las mismas, etc. Pues bien, estas actividades también son objeto de deslocalización, razón por la cual las administraciones fiscales de países donde radica la sede de grupos multinacionales ven peligrar sus intereses. Bastará con mencionar, a

título de ejemplo, que una de las administraciones más beligerantes en este tema viene siendo la administración tributaria alemana afectada por la deslocalización de servicios centrales de sus multinacionales hacia Suiza o hacia países de Europa del este.

Tampoco debe pensarse que este tipo de operaciones nacen como consecuencia del actual contexto de crisis económica. Es cierto que la vigente recesión ha dado un carácter más urgente y severo a los procesos de búsqueda de eficiencia y reducción de costes (incluidos los costes fiscales), pero las reestructuraciones empresariales de las que se está hablando tienen su origen en un momento anterior y se vinculan estrechamente al fenómeno de la globalización y al uso de nuevas tecnologías que permiten la deslocalización y desmaterialización de numerosas funciones económicas.

Por otro lado, estas operaciones de reestructuración empresarial no tienen, necesariamente, motivaciones fiscales. Por lo general, estarán relacionadas con búsquedas de sinergias y ahorros de costes, pero, aun así, las consecuencias fiscales de dichas operaciones son relevantes.

2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

Los procesos de repliegue a los que nos estamos refiriendo abarcan supuestos tales como:

- a) El cese o reducción significativa de la actividad desarrollada por una multinacional en un país y la correlativa asunción de tal actividad por otras empresas del grupo en un país distinto. Se trata, pues, de la pura deslocalización de plantas, cadenas de producción o cierre de filiales distribuidoras.
- b) El rediseño del negocio de las filiales, de tal manera que entidades que antes fabricaban y distribuían productos del grupo pierden alguna de esas funciones (dejan de fabricar o dejan de distribuir); o bien filiales distribuidoras que añadían valor al producto promoviendo activamente la venta (por ejemplo creando canales de distribución, aumentando el valor local de la marca, etc.) pasan a ser meros comisionistas. Lo mismo puede decirse de aquellos fabricantes completos que pasan a ser meros subcontratistas, ensambladores o fabricantes en consignación (maquiladores).
- c) También entrarían en este catálogo las pérdidas de centros de I+D e, incluso, en determinados casos, la cesión de personal valioso (equipos de ventas, equipos de investigación, personal con conocimientos industriales, etc.)

No se consideran en el ámbito que ahora nos ocupa las siguientes operaciones:

- a) Los procesos de fusión, escisión, absorción o canje contemplados en el régimen especial del Impuesto sobre Sociedades. En puridad no sería descartable que los esquemas de reestructuración a que nos referimos se formalizaran mediante alguna de estas operaciones, pero, por lo general, se articularán a través de modificaciones en los contratos que vinculan a las sociedades del grupo entre sí.

- b) Tampoco son objeto de atención aquellos supuestos en los que el grupo multinacional se limita a abandonar definitivamente el ejercicio de una actividad empresarial, cediendo sus activos, funciones y riesgos a un tercero independiente ni aquellos supuestos en los que el grupo procede a exteriorizar a favor de un tercero el desempeño de determinadas funciones o la gestión de ciertos activos. En todos estos supuestos, la operación de reestructuración no tiene lugar entre partes vinculadas, por lo que cabe pensar que la contraposición de intereses será suficiente para valorar adecuadamente las oportunas transacciones.

3. NORMATIVA INTERNACIONAL Y DOMÉSTICA

Dado el carácter generalizado que ha adquirido el proceso de deslocalización de los grupos multinacionales, la OCDE se ha sentido concernida por esta problemática y ello por un doble motivo. En primer lugar porque la reasignación de funciones, activos y riesgos tiene lugar entre partes vinculadas con la consiguiente problemática que este tipo de operaciones genera y, en segundo lugar, porque tal reasignación lleva aparejada un nuevo reparto de los beneficios dentro del grupo, de tal manera que unas soberanías fiscales perderán base impositiva, mientras que otras pueden verla aumentada. La reacción descoordinada de las administraciones fiscales nacionales intentando salvaguardar sus intereses puede provocar supuestos de doble imposición.

Las dos razones anteriores llevaron al Comité de asuntos fiscales de la OCDE a emitir directrices en relación con las reestructuraciones transfronterizas de negocios, a estos efectos, en 2005 este organismo designó un Grupo de Trabajo para estudiar las implicaciones fiscales de las denominadas «reestructuraciones empresariales transfronterizas» (*cross-border business restructurings*). En septiembre de 2008 apareció publicado el borrador del *Report on transfer pricing aspects of business restructurings* (la versión definitiva se publicó en 2010 sin cambios significativos sobre el borrador). El contenido de este Informe fue incorporado en 2010 a las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia (en adelante las Directrices) en forma de capítulo IX de las mismas. Debe recordarse que las Directrices sobre precios de transferencia de la OCDE están reconocidas en los Comentarios al artículo 9 del Modelo de convenio como interpretación autorizada del mismo.

Paralelamente, el Comité de asuntos fiscales de la OCDE trabajó en la elaboración de un Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes que también vio la luz en 2008. En ese mismo año se modificaron los Comentarios al artículo 7 del Modelo de convenio incorporando aquellos aspectos del Informe que eran compatibles con la redacción entonces vigente del artículo y en 2010 se procedió a dar una nueva redacción al artículo 7 del Modelo de convenio para adaptar completamente su contenido al Informe en cuestión.

En cuanto a la normativa interna sobre la materia, no existe ninguna regulación doméstica específicamente dirigida a este tipo de operaciones, y ello a pesar de ser, la española, una economía profundamente afectada por tales procesos. Por citar algún precepto que permita, al menos, constatar que este asunto no ha pasado inadvertido para nuestras autoridades, puede señalarse el artículo 19.1 d) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades que, en materia de documentación de operaciones vinculadas, exige que se describa la estructura de activos, funciones y riesgos dentro del grupo en

cuanto afecten a la filial y que se indiquen y expliquen suficientemente los cambios que se produzcan en el perfil de funciones, riesgos y activos de la filial.

4. TIPOS DE REESTRUCTURACIÓN

La OCDE define a las reestructuraciones empresariales como el repliegue transfronterizo de las funciones, riesgos y activos de un grupo multinacional. Se trata de un concepto muy amplio que comprende desde el cierre de una planta de producción y su traslado íntegro a otro país, hasta la creación de una central de compras o la cesión de personal entre empresas del grupo. Ahora bien, la OCDE propone tres patrones o modelos básicos a los que podrán reconducirse la mayoría de las operaciones de reestructuración, estos son:

- a) Reorganización del área de distribución.
- b) Reorganización del área de fabricación.
- c) Centralización de activos, funciones o riesgos en una compañía especializada del grupo.

4.1. Reorganización del área de distribución

En este primer escenario un operador del área de distribución es reconvertido en otro tipo de operador con funciones y riesgos más limitados. Dependiendo de la intensidad del vaciamiento de funciones y del traspaso de riesgos, irán apareciendo distintas clases de operadores todos ellos con un nivel de funciones y riesgos menor al ostentado antes de la reestructuración.

No existe un estándar terminológico generalmente aceptado para denominar a los distintos operadores que pueden ir apareciendo conforme se desgajan funciones, riesgos o activos de un distribuidor (lo mismo ocurrirá en el área de fabricación), ni tampoco para describir las funciones, riesgos y activos concretos que asume cada tipo de operador. Por tanto, cualquier catálogo que podamos hacer al respecto es subjetivo. Además, el contenido específico de cada operador dependerá de cada caso, siendo difícil establecer pautas y modelos a priori.

Hecha la anterior advertencia, podemos distinguir las siguientes figuras susceptibles de aparecer en el área de distribución ordenadas de mayor a menor carga funcional:

- El distribuidor completo.
- El distribuidor-promotor.
- El agente o comisionista.
- El operador logístico.

Un distribuidor completo se distingue, en cuanto a los activos, por ser propietario de los principales intangibles comerciales (marcas, nombres comerciales...). Desempeña la función de compras y ventas, adquiriendo los productos de las fábricas y vendiéndolos a los consumidores finales a través de un canal de ventas propio. Desempeña el resto de funciones características de la distribución, tanto ordinarias como estratégicas y lo mismo ocurre en relación con la promoción, la publicidad, el marketing, la logística, etc. Como consecuencia de su actividad el distribuidor funcionalmente completo incurre en riesgos de inventario, de insolvencias, de tipo de cambio, riesgos asociados a los intangibles y riesgos generales de mercado, entre otros.

El distribuidor-promotor se caracteriza, en cuanto a los activos, en que no es propietario de las marcas que distribuye, pero puede crear intangibles comerciales valiosos (listas de clientes, sistemas de fidelización, derechos contractuales, etc.). Asume la gestión ordinaria de la distribución en el mercado local, comprando y vendiendo los productos que distribuye. En general no asume funciones estratégicas. Asume riesgos de inventarios y de insolvencias principalmente.

En un nivel inferior se encuentra el agente o comisionista local. Este operador no posee activos intangibles ni tiene capacidad para crearlos. No compra ni vende, solo intermedia las operaciones de su principal, pero sin comprometerse en el buen fin de las mismas. No tiene inventarios ni créditos con clientes. Generalmente no asume funciones de promoción, publicidad o marketing. Su riesgo principal es el riesgo contractual, esto es, de renovación del contrato con su principal.

Finalmente, la función de distribución realizada en un territorio puede abandonarse completamente. En este caso, quedará sobre el territorio tan solo un operador logístico que realizará las operaciones auxiliares de carácter material (almacén y transporte) imprescindibles para materializar la entrega de productos vendidos desde filiales distribuidoras no residentes.

4.2. Reorganización del área de fabricación

El segundo escenario se refiere al área de fabricación. Repetimos que, si bien no existe un estándar terminológico, podemos proponer como operadores posibles ordenados de mayor a menor contenido funcional los siguientes:

- El fabricante completo.
- El fabricante bajo licencia.
- El subcontratista o ensamblador.
- El maquilador.

El fabricante completo se singulariza por ser propietario de los principales intangibles de fabricación (patentes, tecnología...). Interviene en las funciones ordinarias y estratégicas de fabricación y, en especial, asume las actividades de I+D. Incurre en riesgos de inventario, de capacidad de planta, tecnológico y de garantía, entre otros.

Un fabricante bajo licencia tiene derecho de uso sobre los intangibles de fabricación y puede crear algunos intangibles propios como desarrollo e innovación de procesos. No suele intervenir en decisiones estratégicas, pero asume las decisiones ordinarias de la actividad de fabricación durante una parte significativa del proceso. Asume riesgos de inventario, de exceso de capacidad, de garantía, etc.

El ensamblador o el subcontratista trabajan para el fabricante bajo licencia. Realizan una parte menos relevante del proceso. No crean intangibles de producción. Asumen menos funciones, ocupándose estrictamente del día a día de la fabricación.

Por último, el maquilador, también denominado «fabricante en consignación» o «fabricante a precio fijo» (*toll manufacturer*), supone la mínima implantación posible de la función de producción en un territorio. En la maquila, las materias primas no llegan a cambiar de propiedad. El maquilador realiza una actividad de escaso valor sobre la materia prima o componentes que recibe en depósito y devuelve el producto a su lugar de origen cobrando un tanto fijo por unidad de producto manipulado. No asume ningún riesgo relevante excepto, quizás, el riesgo de mano de obra y el riesgo contractual con su principal.

4.3. Centralización de activos, funciones o riesgos en una compañía especializada

El tercer y último escenario posible se refiere a la concentración de activos o funciones en una sociedad especializada del grupo. Si se trata de centralización de activos aparecerán filiales especializadas en la gestión de inmuebles, de tesorería (*cash pool*), de propiedad intelectual (*IP Services*), etc. Si se trata de funciones surgirán centros especializados en el desempeño de determinados cometidos como son las centrales de compras, los centros de I+D, los centros de dirección, los centros de servicios administrativos (contabilidad, pedidos o facturación), los centros de posventa o atención a clientes (*call centers*), etc.

5. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN EN LAS REESTRUCTURACIONES DE NEGOCIOS

Siguiendo el capítulo IX de las Directrices cabe distinguir dos grupos de cuestiones, las que surgen en el momento de la liquidación del modelo de negocio y las que se plantean posteriormente durante el desarrollo del negocio ya reestructurado.

En relación con la liquidación del modelo de negocio se plantean dos cuestiones. En primer lugar, la posible transferencia de activos por parte de la filial reestructurada y, en segundo lugar, la eventual indemnización por cancelación o renegociación del contrato.

Durante el ulterior desarrollo del negocio ya reestructurado las cuestiones objeto de atención versarán sobre la correcta retribución, en términos de precios de transferencia, de la actividad reestructurada; sobre la eventual participación de la filial en los ahorros de costes y sinergias obtenidos tras la reestructuración; sobre la posible aparición de un establecimiento permanente de la compañía principal extranjera beneficiada por la reestructuración y, finalmente, sobre el hipotético no reconocimiento de la operación (*disregard*) por parte de las autoridades fiscales.

Los siguientes apartados de este trabajo se ocuparán de los problemas expuestos.

5.1. Compensación por transferencia de activos

La liquidación del modelo de negocio puede poner de manifiesto una transferencia de activos, en consecuencia, de lo que se trata es de identificar y valorar los activos que puedan haber sido objeto de cesión tras la modificación estructural del negocio.

Tratándose de activos tangibles (equipos, existencias, etc.) la identificación de los mismos no presentará excesivas dificultades. Los problemas aparecerán, quizás, durante su valoración. Un supuesto habitual será el de la valoración de las existencias que un distribuidor reconvertido en agente tras pasa a otra empresa del grupo cuando esta asume las funciones y riesgos de esa actividad.

Los activos intangibles presentan mayor dificultad, tanto para proceder a su identificación (marcas, derechos contractuales, dominios de Internet, acuerdos de no competencia...), como por su valoración.

La identificación es problemática pues, por lo general, muchos intangibles de comercialización y de producción habrán sido creados internamente y, por lo tanto, no estarán en el balance de la sociedad reestructurada que los cede.

Ante las dificultades de identificación cabe preguntarse sobre la necesidad real de proceder a una identificación individualizada de los intangibles afectados o si, por el contrario, es suficiente con constatar que existe una cesión de beneficios futuros por parte de la filial reconvertida en favor de otra filial del grupo, lo cual podría suponer la cesión de un fondo de comercio (*goodwill*) sin necesidad de mayor precisión o detalle.

La OCDE se muestra firmemente partidaria de la identificación de los activos cedidos y entiende que la cesión de beneficios futuros a otra sociedad del grupo no es prueba suficiente de la transmisión de un elemento de valor y que, a lo sumo, dicha cesión de beneficios podrá ser un indicio de la eventual transmisión.

Sin embargo, la normativa alemana (en vigor desde 2007) que, por ahora, es la única que regula específicamente la problemática de las reestructuraciones empresariales, adopta un punto de vista diametralmente opuesto al propugnado por la OCDE. De acuerdo con dicha normativa se considera prescindible la identificación exacta de los activos transferidos. Existirá tributación en concepto de cesión de un activo intangible si concurren dos circunstancias: la primera que tenga lugar una transferencia de funciones de una empresa establecida hacia otra no establecida y la segunda que dicha transferencia de funciones lleve aparejada una reducción de beneficios en sede de la entidad alemana y un simultáneo aumento de beneficios en la sociedad extranjera.

Veamos un ejemplo: Sea una sociedad alemana que exporta parte de su producción a Estados Unidos. Puede llegar un momento en que considere que le resulta más eficiente crear una filial en dicho mercado que se ocupe de la venta y distribución. Resultará, pues, que la sociedad alemana estará cediendo

do a su filial norteamericana las funciones de comercialización en ese mercado. La filial obtendrá un retorno como consecuencia de esas funciones y, puesto que la sociedad alemana deja de ocuparse de ellas, verá reducido su beneficio en la parte correspondiente al margen de comercialización que cede a su filial. Pues bien, la norma alemana asume que, en situaciones como la descrita, la transferencia de esa función en cuanto que va acompañada de una potencialidad de obtener beneficios supone la transmisión de algo más que una simple función, se transmite en realidad un paquete formado por la función más un intangible (conocido como *transfer package*), que debe ser objeto de valoración y gravamen.

El valor mínimo de ese activo es la capitalización de los beneficios potenciales cedidos por la sociedad alemana y el valor máximo es la capitalización de los sobrebeneficios obtenidos por la sociedad extranjera. En caso de conflicto la administración alemana puede tomar el valor medio de ese rango. Debido a la incertidumbre en la valoración la norma establece un plazo de 10 años durante el cual se procederá a corregir los cálculos iniciales sustituyendo las proyecciones utilizadas en la valoración por los datos reales.

La norma alemana se aplica con independencia de los motivos económicos válidos o no de la reestructuración.

El legislador alemán ha establecido cláusulas de no aplicación. Así no se gravará intangible alguno si el contribuyente demuestra que no se ha transmitido ningún activo de valor junto con la función o si el contribuyente es capaz de identificar todos los activos verdaderamente transmitidos y demostrar que tienen un valor inferior al que resulta de la aplicación de la norma.

Así, en el ejemplo expuesto, las autoridades alemanas siempre podrían alegar que la filial americana se ha beneficiado de una lista de clientes, de un canal de distribución o de otro tipo de intangibles comerciales creados por la entidad alemana y cedidos posteriormente a la filial. Por tanto, la única alternativa de la entidad alemana para evitar la aplicación de la norma será proceder a la identificación exhaustiva de los activos transmitidos y a su valoración.

En cualquier caso, volviendo a lo dispuesto en el capítulo IX de las Directrices, los activos deben ser identificados, y no bastará la pérdida de beneficios potenciales para considerar realizada tal identificación. Sin embargo, en ocasiones será tan difícil identificar el activo como identificar la propia transmisión y esto es así por dos razones, la primera porque, como ya se ha indicado, se tratará, normalmente, de activos intangibles que no aparecen contabilizados, pero la segunda, y más importante, es que, además, los negocios jurídicos que instrumentan estas operaciones de reestructuración no son, normalmente, negocios traslativos de la propiedad (compraventas, permutas, fusiones, cesiones de ramas de actividad...), sino que se trata de modificaciones o novaciones en contratos de distribución mercantil, de ejecución de obra, de cesión de tecnología, etc., por lo que la transmisión del activo será una consecuencia implícita de la ejecución de dichos contratos, pero no formará parte de su contenido típico.

Pongamos un ejemplo. Un distribuidor que es reconvertido a simple agente que actuará por cuenta y en nombre de su principal, puede estar cediendo todo su inventario de existencias al principal por cuenta de quien van a realizarse las futuras ventas y el contrato puede no estar haciendo referencia a esta circunstancia, como tampoco hará referencia a los hipotéticos intangibles de comer-

cialización creados por el distribuidor, tales como canales de distribución, relaciones con clientes, derechos contractuales y pedidos... y, sin embargo, dichos intangibles van a pasar a beneficiar al principal que es quien asume la función de ventas.

El ejemplo anterior pone de relieve la importancia de los intangibles locales creados por el operador reestructurado durante el ejercicio de su actividad. Se trata de activos tales como canales de distribución, listas de clientes, procesos de fabricación, derechos contractuales, marcas locales, bases de datos, dominios de Internet, equipos humanos, conocimientos industriales o comerciales... La primera reflexión es que si estos activos se han cedido, la filial debe ser compensada por ello, pero si no se han transmitido y permanecen en sede de la filial reconvertida, esos activos formarán parte de la actividad que sigue desarrollando la filial y ello deberá ser tenido en cuenta al evaluar la suficiencia con que el grupo retribuye a su filial por la actividad remanente.

Así por ejemplo, sea el caso de un distribuidor-promotor que ha desarrollado una red de concesionarios oficiales. Si ese distribuidor es reconvertido en comisionista del principal y este se subroga en los contratos de concesión es claro que el principal está adquiriendo la red de ventas y deberá compensar al antiguo distribuidor por ello. Si no ocurre así, resultará que el comisionista está ofreciendo al principal sus servicios de intermediación, pero también el uso de una red de ventas que le sigue perteneciendo, razón por la cual su retribución ha de ser superior a la de un mero comisionista sin riesgo, pues además de intermediar las operaciones del principal le está cediendo el uso de un intangible valioso.

Puede suceder que en lugar de un activo lo que se transfiera sea una actividad o negocio en funcionamiento. En estos casos la valoración del todo puede ser superior a la suma de las partes, por lo que en este caso las Directrices consideran justificable la existencia de un fondo de comercio transmitido conjuntamente con la actividad.

Tal podría ser el caso de un fabricante bajo licencia que pasa a ser un mero ensamblador, ello puede suponer que transmite equipos, líneas de montaje, pero también *know-how*, desarrollo industrial e incluso acuerdos de suministro con proveedores, contratos con clientes, etc.

Otro ejemplo sería el de una filial que ejerciendo una actividad de fabricación y distribución es reestructurada cediendo la actividad de distribución a otra parte del grupo.

En este tipo de operaciones surge el problema de situar el punto de corte temporal en el caso hipotético en que se hayan realizado diferentes transmisiones sucesivas de activos aislados que de haberse agrupado en una operación de tracto único habrían supuesto la transmisión de un negocio en marcha. Las Directrices no dicen nada al respecto, pero las autoridades fiscales podrían plantearse agrupar los efectos de dichas transmisiones sucesivas a fin de considerar que lo transmitido ha sido un negocio completo que incorpora un fondo de comercio.

Otra cuestión que plantean las Directrices se refiere a la incertidumbre en la valoración de activos intangibles. Se trata de dilucidar si, en el caso concreto que se analiza, partes independientes hubieran establecido cláusulas de revisión del precio en función de la evolución de parámetros futuros. En caso afirmativo, la Administración podría regularizar aplicando los efectos equivalentes a la existencia de

las mismas. Señalan las Directrices a este respecto que la existencia de incertidumbre valorativa es una condición necesaria, pero no suficiente de las cláusulas de ajuste de precios y que lo esencial es analizar, a partir de comparables lo suficientemente ajustados a la operación, qué hubieran hecho partes independientes en esa misma situación. Dicho de otro modo, la manera autorizada por la OCDE de abordar la cuestión es a través de la comparabilidad (empresas similares en ambientes similares), pero en ningún modo se acepta un puro y simple cálculo *ex post* por parte de las autoridades fiscales.

5.2. Indemnización a la entidad reestructurada

De lo que se trata en este punto es de dilucidar si, como consecuencia de la modificación sustancial de los acuerdos contractuales, partes independientes hubieran acordado una indemnización a favor del operador que ve menoscabadas sus expectativas empresariales.

El primer análisis consistirá en identificar a las entidades afectadas, tanto positiva como negativamente, por la reestructuración. Después, deberá determinarse si, en condiciones de independencia, la sociedad perjudicada exigiría ser indemnizada y si la sociedad beneficiada aceptaría dicha pretensión.

El enfoque principal propuesto por las Directrices en relación con esta cuestión es el que, partiendo del principio de libre competencia, pretende establecer qué hubieran hecho empresas independientes en esa misma situación, sirviéndose para ello de un análisis de comparabilidad.

Ahora bien, en no pocas ocasiones, será prácticamente imposible encontrar comparables, razón por la cual las Directrices proponen un enfoque alternativo que consiste en aplicar un razonamiento deductivo para determinar qué hubieran hecho partes independientes. Tal manera de proceder tiene una fuerte dosis de subjetividad y especulación. A fin de limitar, en lo posible, este inconveniente las Directrices proponen circunscribir la reflexión sobre un número limitado de cuestiones que se juzgan relevantes y que son las siguientes:

1. Los pactos contractuales establecidos por las partes.
2. La ley mercantil y la jurisprudencia aplicable al caso.
3. Las alternativas posibles y realistas a disposición de las partes.
4. La eventual transacción entre beneficio y seguridad.

En definitiva, los puntos primero y segundo proponen realizar un análisis legal de la cuestión, con lo que se mantiene cierta objetividad en el análisis, mientras que los puntos tercero y cuarto tienen un carácter más especulativo, por lo que parece que su función debiera ser la de reforzar las conclusiones alcanzadas a partir del análisis legal de la cuestión.

El primer aspecto a considerar es el de las estipulaciones contractuales establecidas por las partes en relación con la novación, modificación o extinción del contrato. En definitiva se trata de estudiar las cláusulas contractuales de salida, en el bien entendido que tales pactos pueden ser expresos o tácitos.

Habrà de estarse, ante todo, a lo que las partes pactaron por escrito en relación con el plazo de preaviso, el daño emergente, el lucro cesante y las causas de terminación anticipada del contrato.

La duración del contrato es un aspecto sumamente relevante en relación con las consecuencias que se derivan de la liquidación del mismo. Debería poder deducirse de las estipulaciones contractuales (expresas o tácitas) si el contrato rescindido como consecuencia de la reestructuración implicaba una vinculación de larga duración entre las partes o, por el contrario, se trataba de un acuerdo de carácter contingente, flexible y de libre rescisión. En el primer caso es de esperar que la parte que cede activos, riesgos o funciones hubiera realizado gastos o inversiones pensando en su rentabilidad a largo plazo, rentabilidad que se verá frustrada como consecuencia de la alteración del contrato. Es fácil proponer ejemplos tales como el del fabricante con inversiones apenas amortizadas en el momento de la reconversión o el distribuidor que ha realizado campañas de publicidad con proyección plurianual. Comportamientos de este tipo son indicativos de que el acuerdo que vinculaba a las partes con anterioridad a la reestructuración era un acuerdo a largo plazo y ello incluso a pesar de que la literalidad del contrato pudiera decir otra cosa.

Para deducir lo que las partes efectivamente pactaron en relación con la duración del contrato puede ser interesante acudir al análisis y estudio de las siguientes cuestiones:

- Los gastos que durante la vida del contrato han sido efectivamente asumidos por cada una de las partes.
- La conducta efectivamente seguida por las partes en relación con las renovaciones anteriores del contrato (expresas o tácitas) y con las seguidas en relación con contratos similares con terceros independientes.
- El objeto y naturaleza del contrato en cuestión. Así, por ejemplo, un contrato de comisión tiene una vocación hacia el corto plazo, mientras que un contrato de agencia supone un vínculo más permanente.

También señalan las Directrices que deberá atenderse, muy especialmente, a la legislación y jurisprudencia del país de residencia de la filial menoscabada por la reconversión. Así, por ejemplo, la Ley del Contrato de Agencia española contempla el derecho a la indemnización por clientela en el caso de rescisión del contrato de agencia y la jurisprudencia, en ocasiones, ha hecho extensivo ese derecho al contrato de distribución comercial (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008).

También existe, en el caso español, jurisprudencia en relación con la figura del enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa en supuestos de terminación anormal de contratos en los que se ha apreciado la existencia de un fondo de comercio o una clientela creada por la entidad perjudicada por la rescisión (por ejemplo Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2004 y de 27 de octubre de 2004).

Proponen, a continuación, las Directrices el examen de las alternativas realistas a disposición de las partes si estas hubieran actuado como entidades independientes. Evidentemente este aspecto del análisis es altamente especulativo, pero puede servir para poner en claro algún aspecto controvertido.

Así, se tiende a considerar que, en condiciones de independencia, la cifra de referencia para la hipotética indemnización serían las pérdidas potenciales en que incurre el operador que ve frustradas sus expectativas empresariales, pero esto no tiene por qué ser así necesariamente, pues la indemnización que una parte está en condiciones de exigir y la otra en condiciones de aceptar se relacionan mucho más con los costes de las respectivas alternativas que con las pérdidas de beneficios potenciales.

Así, en el supuesto de conversión de operador, la alternativa que se le plantea al principal es la de buscar otro operador que quiera aceptar las condiciones rechazadas por el anterior. Estos costes de transición a un nuevo operador serán mayores cuanto más completas y valiosas fueran las funciones del anterior operador y cuantos más intangibles valiosos hubiera creado. Pensemos, por ejemplo, en un distribuidor con una eficiente red de ventas o en un fabricante con importantes conocimientos sobre procesos y desarrollos industriales. En cualquier caso, el principal nunca estaría dispuesto a pagar una indemnización superior a los costes de transición.

El último aspecto a considerar es la posible transacción que pueda producirse entre rentabilidad y certidumbre. Es decir, en situaciones de independencia un operador podría estar dispuesto a obtener un beneficio menor si ese beneficio es más estable en el tiempo. Las Directrices proponen estudiar los rangos históricos de beneficios obtenidos por la filial, cuanto mayor sea el rango mayor será la volatilidad y la incertidumbre en que se desenvuelve la actividad de la filial. Si esos rangos históricos son una buena proyección del futuro deberán compararse con la nueva rentabilidad que se le propone a la filial y el grado de certidumbre o incertidumbre con que operará en el futuro. Sin embargo, es posible que los beneficios pasados no sean una buena estimación del futuro por la aparición de expectativas distintas (por ejemplo nuevos competidores, saturación del mercado...), en tal caso estas expectativas deberán incluirse en el análisis.

En otro orden de cosas, hay que señalar que las Directrices no realizan un tratamiento diferenciado de los costes directos que la reestructuración supone para la filial menoscabada. Nos referimos a los costes por rescisión de contratos laborales, depreciación de activos, asesoría externa en el proceso de cierre de plantas, etc. Las Directrices se limitan a realizar una mención genérica de dichos costes en el párrafo 9.100, vinculándolos, exclusivamente, a la cuestión de la posible indemnización a percibir por la entidad reestructurada. Sin embargo, tales costes pueden ser fácilmente percibidos por las autoridades fiscales como costes cuya asunción no ha sido decidida por la filial, sino que se trata de costes impuestos, y que, además, no redundan en beneficio de la filial sino de otra parte del grupo. Por todo ello, es perfectamente posible que las autoridades fiscales se cuestionen la deducibilidad fiscal en sede de su filial de los costes soportados por esta como consecuencia del cambio impuesto en el modelo de negocio.

Tal como se ha indicado en párrafos anteriores, la posible indemnización no estaría necesariamente vinculada a las efectivas pérdidas de la filial (incluyendo los costes directos de reestructuración), sino al coste de las alternativas realistas al alcance de ambas partes. Por tanto, es perfectamente posible que en condiciones de independencia no se pactara ninguna indemnización para compensar a la filial por estos costes, razón por la cual, la aproximación a este tema a partir de un hipotético derecho a ser indemnizado, derivará, en la mayoría de las ocasiones, en el no resarcimiento de la filial por los costes de reconversión que le afectan.

Parece claro que en un contexto de precios de transferencia y grupos multinacionales el tema debe abordarse desde el enfoque de la correcta imputación de gastos entre las sociedades del grupo, de tal manera que si bien el gasto podría ser imputable inicialmente a la filial afectada negativamente por la reconversión, también sería pertinente plantearse si esta filial no debería refacturar dichos gastos hacia aquellas sociedades del grupo que más claramente se estuvieran beneficiando de la reestructuración o bien hacia aquella sociedad del grupo (por ejemplo una sede regional) que tomó la decisión estratégica de reestructurar el negocio.

El capítulo VII de las Directrices está dedicado a los servicios intragrupo y el capítulo VIII a los acuerdos de reparto de costes. De estos capítulos podría extraerse por analogía alguna regla o principio aplicable a la cuestión de los costes de reestructuración.

El párrafo 7.6 del capítulo VII establece un criterio para determinar si una filial del grupo estaría dispuesta a pagar por el servicio recibido de otra sociedad del grupo. Exige que se cumplan dos condiciones:

- a) Que la actividad suponga un interés económico o comercial para el miembro del grupo que refuerza su posición comercial.
- b) Que, en circunstancias comparables, una empresa independiente hubiera estado dispuesta a pagar a otra empresa independiente por esos servicios.

La decisión a adoptar dependerá de cada caso concreto y de lo fácil y evidente que sea identificar a las partes beneficiadas por el proceso y de la posibilidad de aplicar analógicamente las reglas previstas para los servicios intragrupo.

Por otro lado, el sentido último del capítulo IX de las Directrices y del Informe sobre reestructuraciones empresariales es determinar cómo se redistribuye el riesgo entre las sociedades del grupo. El criterio básico de las Directrices en este punto es que el riesgo lo asume aquella parte del grupo que tiene el control sobre el mismo y, en este contexto, control es la capacidad de tomar las decisiones sobre su asunción y sobre su forma de gestión (párrafos 1.49 y 9.23 entre otros).

La consecuencia de la atribución del riesgo a una parte del grupo es que dicha parte deberá soportar los costes y beneficios asociados al mismo (párrafo 9.39). Llevando este argumento a sus últimas consecuencias, los costes de cierre de una planta industrial, por ejemplo, deberían ser imputados a quien tomó la decisión que, normalmente, será un centro regional del grupo. No sería acorde a las Directrices que asumiera las consecuencias de un riesgo alguien a quien no le ha sido transferido ese riesgo.

En el ámbito interno debe hacerse referencia a la reiterada doctrina de la Dirección General de Tributos en relación a que los gastos solo adquirirán la condición de gastos fiscalmente deducibles cuando, entre otros requisitos, estén correlacionados con la obtención de ingresos. Así, por ejemplo, consultas tan recientes como la V0119/2011 (NFC040230) establecen los siguientes requisitos: «... únicamente tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles a efectos del impuesto, aquellos gastos contables que correspondan a operaciones reales, estén correlacionados con la obtención de ingresos, estén debidamente contabilizados, hayan sido imputados temporalmente con arreglo al devengo y estén debi-

damente justificados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 106 de la LGT» y «que no tengan la consideración de gastos fiscalmente no deducibles con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 del TRLIS.»

5.3. Aplicación de precios de transferencia a la actividad reestructurada

Es de esperar que las autoridades fiscales afectadas negativamente por los procesos de reconversión revisen minuciosamente las estructuras resultantes de los mismos. Parte de ese control administrativo se dirigirá a verificar la correcta retribución de la filial transformada en operador de bajo riesgo.

Los precios deben ser adecuados para retribuir las funciones que efectivamente se siguen realizando por la filial, pero también deben ser acordes a los activos intangibles que permanecen en poder de la filial. En efecto, si la filial continúa en poder de intangibles locales relevantes (intangibles de comercialización o de fabricación), estos deberán tenerse en cuenta en el análisis funcional previo a la determinación de los precios de plena competencia. Tal sería el caso, por ejemplo, del distribuidor local que desarrolló intangibles locales como por ejemplo relaciones con los clientes o canales de distribución y que tras su reconversión a comisionista no los ha transmitido a su principal. Pues bien, si los comparables utilizados para establecer la retribución de mercado de tal comisionista fueran simples intermediarios de comercio sin intangibles propios, deberían realizarse los oportunos ajustes de comparabilidad.

Por otro lado, en cuanto a la rentabilidad esperada por la filial reconvertida, esta debe ser congruente con el carácter limitado de su actividad y con la fase del ciclo económico en que se encuentra el negocio. Dicho de otro modo, si lo esperable es que un operador limitado perciba un beneficio también limitado durante la fase expansiva del ciclo, también es esperable que sus pérdidas sean limitadas en las fases recesivas.

Se pueden plantear problemas respecto del punto de corte entre las nuevas y las antiguas funciones. Normalmente el operador reconvertido que ha transferido riesgos y funciones a otra entidad del grupo seguirá asumiendo durante un periodo transitorio los riesgos de las operaciones en curso al tiempo de la reconversión. Por ese motivo, en el análisis funcional a realizar tras la reestructuración deberá tenerse en cuenta que esa filial asume los riesgos propios de la nueva actividad, pero también sigue asumiendo, temporalmente, riesgos adicionales. Esto debe tener su reflejo en la retribución estipulada y, por tanto, lo esperable tras una reestructuración no es una caída brusca de la rentabilidad de la filial, sino un descenso suave hacia una cota de menor rentabilidad.

En cuanto a los aspectos formales o procedimentales de los precios de transferencia, las reestructuraciones implican cambios en la actividad de las empresas del grupo, lo que afectará, necesariamente, a la documentación de precios de transferencia, a los comparables utilizados y, probablemente, a los métodos aplicables para determinar los precios de las operaciones vinculadas.

En relación con los métodos puede ocurrir que, como consecuencia de la reestructuración, deba procederse a la modificación de la metodología empleada por la filial para el cálculo de los precios de plena competencia. Así por ejemplo un distribuidor funcionalmente completo podría venir aplicando el método del margen neto, pero una vez reconvertido en prestador de servicios o comisionista podría ser más adecuado el método del coste incrementado o el de precio de reventa. En general

se considera que el método del coste incrementado o *cost plus* es más acorde a un entorno de bajo riesgo, en la medida en que garantiza un cierto nivel de beneficio al operador y le mantiene protegido respecto del riesgo de mercado. También deberían ser objeto de atención los métodos de reparto de beneficios (*profit split*), en la medida en que fuera posible consolidar el beneficio de la entidad reconvertida y el de la entidad que ha asumido las funciones, riesgos y activos de la anterior y resultara viable imputar dicho beneficio a partir de las funciones y activos de cada parte.

Plantean las Directrices que, dado el creciente avance de las operaciones de externalización entre partes independientes (*outsourcing*), será posible, en algunos casos, encontrar operaciones que sirvan como base para la utilización del método del precio libre comparable (*Uncontrolled Price Method*).

Por último, no sería metodológicamente correcto partir de los precios aplicados por las partes vinculadas en las operaciones pre-reestructuración para ajustarlos en la forma necesaria a fin de que reflejen la transferencia de funciones, activos y riesgos y determinar así unos nuevos precios aplicables a la etapa post-reestructuración. La metodología OCDE no permite la comparación entre unas operaciones vinculadas y otras también vinculadas. Para la OCDE la comparabilidad, por definición, lo es con empresas independientes.

Respecto a los comparables, es muy probable que un cambio significativo en la actividad de una empresa lleve aparejada la revisión y actualización de las compañías independientes utilizadas como comparables en los estudios de comparabilidad.

También señalan las Directrices que, a efectos de búsqueda de los comparables, es importante trascender a la calificación dada por las partes a la actividad realizada. Lo determinante ha de ser el análisis funcional y los activos en poder de cada parte. Si para la selección de comparables se atendiera exclusivamente a la terminología interna del grupo podrían cometerse errores de selección de comparables. Así, por ejemplo, las partes pueden calificar a la filial reconvertida como maquilador o fabricante bajo contrato, pero puede resultar que, en la práctica, esa filial esté realizando algunas funciones significativas de diseño, posea conocimientos industriales valiosos o lleve a cabo ciertas funciones estratégicas. La filial menoscabada puede seguir realizando funciones importantes que añaden valor o tener y desarrollar activos intangibles importantes que no se encuentren en los comparables si para su selección solo se atendió a la calificación dada por las partes, hay que trascender, pues, a esa calificación. Deberán realizarse los ajustes pertinentes (por ejemplo, eliminando los valores inferiores del rango de comparables).

También es revisable, desde la perspectiva de las Directrices sobre precios de transferencia la estructura de costes. Así, la filial distribuidora reconvertida a operador de menor riesgo no debería colaborar en el coste de la publicidad estratégica del grupo (mantenimiento de marca) o el fabricante de bajo riesgo no debería pagar cánones por el uso de I+D, colaborar en costes de investigación o soportar el riesgo de garantía.

5.4. Participación en los ahorros de costes y sinergias de la reestructuración

A continuación las Directrices abordan la cuestión de si deben repartirse los ahorros de costes de localización o las sinergias obtenidas gracias a la reestructuración. Evidentemente se trata de una

cuestión compleja y controvertida sobre la que la OCDE plantea algunas orientaciones generales, sin llegar a concretar una directriz clara al respecto. Sin embargo, el mero hecho de que la cuestión haya llegado a plantearse en ese foro ya es ciertamente importante y novedoso.

Los temas a resolver son dos: quién debe imputarse las economías de costes de localización y las sinergias obtenidas en la reestructuración y, en caso afirmativo, por qué medio deben ser imputadas.

La respuesta a la segunda pregunta es evidente a la vista del contexto. Esos ahorros y sinergias se imputarán, en su caso, por medio de una política de precios de transferencia adecuada a tal fin.

Respecto a la primera cuestión, distinguimos entre ahorros de costes por localización de la actividad y sinergias por centralización de funciones. En ambos casos, el capítulo IX se expresa mediante ejemplos y no mediante principios generales lo cual da idea de la dificultad de llegar a consensos en esta materia.

Se proponen varios ejemplos referidos a ahorros de costes (deslocalización de actividades hacia emplazamientos con costes menores en mano de obra, energía, logísticos, etc.). El criterio que parece deducirse es que la filial deberá beneficiarse de los ahorros de costes si dicha filial, en condiciones de independencia, hubiera tenido la opción de haber exteriorizado su actividad ella misma como medida de gestión de su propia actividad pudiendo, de tal modo, haberse beneficiado de ahorros de localización.

Esto significa que será esencial la posición de la filial dentro de la cadena de valor del grupo. Así un ensamblador o maquilador de bajo riesgo con escasas funciones y activos no podrían aspirar, en condiciones de independencia, a negociar participación alguna en los ahorros de la deslocalización, pues, en condiciones de independencia, no podría deslocalizar su actividad por sí mismo. Una situación distinta sería la de un fabricante o distribuidor local con intangibles y funciones relevantes. En condiciones de independencia podría haber optado él mismo por deslocalizar parte de su actividad y atribuirse en consecuencia los ahorros logrados. Por este motivo, en un contexto de vinculación, esta posibilidad debería ser tenida en cuenta a efectos de hacer partícipe a dicho operador de los ahorros de localización.

Respecto de las sinergias por centralización de funciones el punto de vista de la OCDE se explica por medio de un ejemplo consistente en una central de compras que agrupa la función de compras de todas las filiales, obteniendo un significativo ahorro en el coste de los aprovisionamientos. ¿Debe dicho ahorro remansarse en sede de la central de compras? ¿Pueden las filiales beneficiarse del ahorro conseguido?

Las Directrices parecen concluir que si se realiza un análisis funcional correcto de la actividad de la central de compras y se aplica el método de determinación del precio de libre competencia apropiado a dicho análisis, se estará realizando una asignación correcta de las sinergias.

Es decir, si la política de precios de transferencia se limitase a aplicar un método de precio libre comparable, el precio de reventa de las compras de la filial podría ser perfectamente el mismo al que

las filiales se aprovisionaban con anterioridad a la creación de la central de compras, pues tal precio ya era un precio de mercado adecuado a la fase en que actuaba la filial. Con este criterio puro y simplemente se está atribuyendo todo el ahorro de costes a la central de compras, con independencia de las funciones efectivamente realizadas por dicha central de compras. Sin embargo, si la central de compras es retribuida en base a un coste incrementado formado por el nuevo coste de aprovisionamiento más un margen bruto de mercado que retribuya a la central de compras por las funciones y riesgos realmente asumidos es posible que parte de las sinergias se traspasen a las filiales. Esta metodología sería mucho más adecuada, porque atribuir todas las reducciones de costes a la central de compras equivaldría, muy probablemente, a retribuir las funciones de la central por encima de su valor de mercado.

La conclusión, en ambos casos, es que la comprensión de las razones económicas de la reestructuración y un correcto examen de funciones, riesgos y activos son esenciales.

5.5. Problemática del establecimiento permanente

Las Directrices no se ocupan de la cuestión del eventual establecimiento permanente que pudiera aparecer tras la reestructuración empresarial. Tampoco lo hizo en su día el Informe sobre reestructuraciones y precios de transferencia.

Es ciertamente criticable que las Directrices no aborden este tema, dado que no haciéndolo quedan incompletas en un punto esencial, pero es que, además, la cuestión del establecimiento permanente formaba parte expresa del mandato que el Comité de asuntos fiscales de la OCDE dirigió el 20 de octubre de 2006 al Grupo de Trabajo encargado de elaborar el repetido Informe (documento disponible en www.oecd.org). Se establecían en el mandato tres grupos de problemas que debían ser abordados en dicho Informe y eran los siguientes:

1. Identificación de operaciones concretas que pueden tener lugar en el marco de operaciones de reestructuración y la posibilidad de las administraciones tributarias de recalificar las mismas. Se incluyen aquí aquellas cuestiones relacionadas con transferencias de riesgos e intangibles.
2. Consecuencias de las normas sobre precios de transferencia en el caso de operaciones concretas no sujetas a recalificación.
3. Aspectos relativos a los establecimientos permanentes, en especial, en qué casos podrá considerarse que, a pesar del proceso de reestructuración, la compañía principal sigue implantada en el país de la fuente en forma de establecimiento permanente.

Sin embargo, el Informe finalmente publicado, así como después las Directrices, no contienen ninguna mención a este aspecto, remitiéndose (véase párrafo 9.7 del capítulo IX) a lo que sobre este tema se establezca en el Informe sobre atribución de beneficios a los establecimientos permanentes. Ahora bien, este último Informe no se ocupa propiamente de la cuestión del establecimiento permanente en el contexto de una reestructuración empresarial, pues se centra en los aspectos vinculados al artículo 7 del Modelo de convenio, esto es, la determinación del beneficio del establecimiento permanente.

Este juego de remisiones entre los diferentes grupos de trabajo invita a pensar que la cuestión no es en absoluto pacífica, pero, desde luego, las administraciones fiscales afectadas por la erosión de sus bases imponibles van a estar tentadas a considerar que la empresa beneficiada por la reestructuración debe tributar por medio de un establecimiento permanente, evitando de esta manera la deslocalización de rentas.

Existen dos configuraciones posibles del establecimiento permanente:

- a) El establecimiento permanente como «lugar fijo de negocios» (art. 5.1 del Modelo de convenio).
- b) El establecimiento permanente como «agente dependiente» de su principal (art. 5.5 del Modelo de convenio).

Por tanto, tras la reestructuración, podría surgir un establecimiento permanente en el Estado de la filial reconvertida por existir en ese Estado un lugar fijo de negocios o un agente dependiente de la compañía no residente. Además tales configuraciones no son mutuamente excluyentes.

También es importante lo establecido en el artículo 5.7 del Modelo de convenio en relación con las filiales:

«7. El 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.»

La finalidad de este párrafo es evitar que la existencia de una filial de un no residente se constituya, sin más en un establecimiento permanente de este, o en una presunción de su existencia. Ahora bien, dicho precepto tampoco excluye esa posibilidad si del análisis del comportamiento de las partes se dedujera la existencia de un lugar fijo de negocios en la misma filial por medio del cual actúa la sociedad matriz o si se dedujera que la actividad de la filial es asimilable a la de un agente dependiente o si se dedujeran ambas cosas simultáneamente.

Por tanto, el párrafo 7 citado no excluye la posibilidad de que una filial se constituya en establecimiento permanente. Lo que no permite ese precepto es crear un *tertium genus* o una categoría nueva de establecimiento permanente. Esto es, la filial será un establecimiento permanente, bien por constituirse en el lugar de negocios del no residente (párrafos 1 a 4 del art. 5 del Modelo de convenio) o bien por ser un agente dependiente de este (párrafos 5 y 6 del mismo artículo).

De acuerdo con los Comentarios al artículo 5 del Modelo de convenio un «lugar fijo de negocios» exige tres elementos:

- Un «lugar», esto es, un espacio físico delimitado y geográficamente determinado a disposición del no residente.

- Una «fijeza» en el espacio, pero también en el tiempo. La actividad desarrollada debe tener un carácter permanente y no meramente temporal.
- A través de ese lugar debe realizarse una parte significativa y no auxiliar de la actividad del no residente, de su ciclo mercantil.

Hay una exigencia ciertamente rigurosa en esta conceptualización del establecimiento permanente, se trata de la disponibilidad de un espacio físico concreto, medible y determinado, y que, además, en ese preciso espacio se realice una parte significativa de la actividad del no residente. Tal rigor es problemático porque, por lo general, tras la reestructuración (pensemos en un distribuidor convertido en comisionista) el único local que el no residente tendrá a su disposición será un almacén logístico, un depósito aduanero o las instalaciones de un consignatario y las actividades realizadas en ese concreto local serán claramente auxiliares, básicamente labores de almacenamiento y preentrega. El no residente podrá disponer de un conjunto de colaboradores trabajando por su cuenta (incluida su filial), pero estos tendrán sus propios locales, razón por la cual la configuración de un establecimiento permanente por esta vía se torna incierta.

Es criticable que el concepto de establecimiento permanente (con más de 150 años de antigüedad) siga radicalmente anclado en conceptos físicos como los locales, instalaciones o almacenes, pues ellos se compadecen muy poco con una economía altamente inmaterial como la actual, con realidades como el comercio electrónico, la generación de riqueza por medio de intangibles, las tecnologías de Internet o el avance de las telecomunicaciones.

La figura del agente dependiente plantea menos dificultades, aunque la primera lectura del artículo 5.5 del Modelo de convenio parece configurar muy residualmente este concepto, pues exige, como presupuesto para la existencia de un establecimiento permanente, que el agente tenga poderes para contratar en nombre del no residente. Es decir, un concepto jurídico (poder de representación directa) actúa como presupuesto de hecho de la norma. Por tanto, la configuración del establecimiento permanente parece quedar al albur de las partes las cuales, con el simple recurso de no pactar dicho poder de representación al redactar el contrato de agencia, quedarían blindadas frente a un posible establecimiento permanente.

A priori no parece que el artículo 5.5 del Modelo de convenio deje mucho margen para la interpretación, pero los Comentarios han realizado una interpretación no literalista del precepto, estableciendo que lo relevante no es quien firme los contratos, sino que el agente ejerza la actividad de tal forma que implique y vincule al no residente (párrafo 32 de los Comentarios), lo cual, además puede presumirse (párrafo 32.1 de los Comentarios) en aquellas situaciones en que el no residente no participe activamente en la gestión de su negocio, corriendo dicha gestión activa por cuenta del agente, de tal manera que el principal quede de hecho vinculado por los actos del agente, sin posibilidades prácticas de contradecir los resultados de su actuación.

Se trataría, pues, de un agente (párrafo 34 de los Comentarios) que, aparte de realizar su propia actividad (su negocio, es decir, aquellas funciones respecto de las cuales asume el riesgo), realiza otra serie de funciones que forman parte de la actividad del principal, es decir, se refieren a riesgos asumidos por el principal.

Si esas actividades ejercidas por el agente, pero que son propias de la actividad del principal, suponen una parte sustancial del negocio de este último, aparecerá un establecimiento permanente.

Este es el caso contemplado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2008 (rec. núm. 894/2004, NFJ031824). Se trata, en el asunto enjuiciado, de un agente constituido tras un proceso de reestructuración, que, además de intermediar en la venta, sigue realizando activamente la promoción completa del producto. La promoción es una parte del negocio que, tras la reestructuración, ha sido asumida por el principal, pero que el agente gestiona activamente por cuenta de este a cambio de refacturar los costes incurridos más un margen que retribuye su gestión. Pues bien, así las cosas la Sentencia establece lo siguiente:

«... Por consiguiente, la calificación debe limitarse a aquellas personas que, a la vista de su poder de contratación, implican a la compañía no residente en el circuito empresarial del Estado de tributación. Se ha de valorar, pues, la capacidad de vinculación efectiva con terceros que para la empresa representada tiene la actuación de su agente.»

«... no cabe olvidar que dicho contrato también le obligaba a promocionar los productos [del no residente]... Esta tarea introduce un punto de mayor intensidad en las relaciones entre las dos compañías...»

A partir de lo anterior establece la sentencia que el no residente queda vinculado por la actividad de promoción realizada por su agente y resulta, además, que tal actividad no es un aspecto auxiliar, sino esencial, del negocio de distribución. Concluye la sentencia que el agente dependiente, en cuanto que gestiona activamente una parte relevante del negocio del no residente, se convierte en establecimiento permanente de su principal.

Como se ha indicado los Comentarios al artículo 5 del Modelo de convenio apuntan a la gestión activa por parte del agente del negocio de su principal como elemento configurador del establecimiento permanente. En un sentido muy parecido se expresa el Informe sobre atribución de beneficios a los establecimientos permanentes (2008). Dicho informe se ocupa de la asignación territorial de los riesgos, concluyendo que los riesgos se ubican allí donde se toman las decisiones humanas que suponen la gestión activa del riesgo.

La síntesis de esta cuestión podría ser la siguiente:

- 1.º Si se acepta que se ha tenido lugar una reestructuración en los términos del capítulo IX de las Directrices, se asume, también, que ha existido una reasignación de riesgos dentro del grupo, de tal modo que nos encontramos con un nuevo titular de riesgos relevantes y, ese nuevo titular es, además, un no establecido.
- 2.º Las Directrices proporcionan criterios para ubicar subjetivamente el riesgo. El titular del riesgo es aquella persona que puede tomar las decisiones de control sobre el mismo.
- 3.º Sin embargo, las Directrices no dicen nada sobre la ubicación territorial del riesgo. Piénsese que el cambio de titularidad subjetiva del riesgo no implica, necesariamente, un desplazamiento del lugar donde ese riesgo se asume.

- 4.º El Informe sobre atribución de beneficios a los establecimientos permanentes sí que se ocupa de la ubicación geográfica del riesgo, disponiendo que el riesgo se sitúa (geográficamente) allí donde se toman las decisiones humanas que suponen la gestión activa del riesgo transferido. En este punto, el Informe coincide con los Comentarios al artículo 5.5 del Modelo de convenio que se refieren al agente dependiente como aquel que gestiona activamente el negocio de su principal.
- 5.º Si estas circunstancias concurren en una filial del no residente, será esta filial la que se configure como agente dependiente y establecimiento permanente de la compañía principal.

El planteamiento de considerar que, en determinadas circunstancias, la filial reconvertida se convierte en agente dependiente de la sociedad principal es el que sigue la resolución judicial ya citada, Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2008 (rec. núm. 894/2004, NFJ031824) y en el mismo sentido se manifiesta la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de julio de 2007 (RG 5228/2002, NFJ026816).

5.6. No reconocimiento de la operación

La posibilidad de no reconocimiento de la operación por parte de las autoridades fiscales constituye la más radical oposición de estas a la configuración del negocio realizada por el contribuyente. Dividiremos el estudio de esta cuestión en los siguientes apartados:

- a) Naturaleza.
- b) Ámbito de aplicación.
- c) Problemas que plantea su aplicación.
- d) Cuestiones específicas en relación con la transferencia de riesgos.

a) Naturaleza

El principio de no reconocimiento de la operación (*disregard*) es un principio general de las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, por lo que su aplicación no se encuentra circunscrita a las operaciones de reestructuración empresarial (capítulo IX de las Directrices), sino que es aplicable a cualquier operación entre partes vinculadas, ubicándose la regulación general de tal principio en el capítulo I de las Directrices (párrafos 1.64 a 1.69 de la versión de 2010).

Respecto a la naturaleza jurídica del principio de no reconocimiento, no cabe entenderlo como una mera llamada o recordatorio del Convenio a los Estados para que apliquen sus normas internas antiabuso, sino que se trata de un mecanismo propio y exclusivo de la normativa bilateral y distinto a las normas antiabuso internas de los Estados.

A este respecto baste señalar que las propias Directrices dejan sentado (por ejemplo en el párrafo 9.8) que las normas nacionales antiabuso no son objeto de las mismas y en el mismo sentido se manifiestan los Comentarios al Modelo de convenio. Así, el párrafo 22.1 de los Comentarios al artículo 1 del Modelo de convenio establece que las normas antiabuso de los Estados miembros «son parte de las disposiciones fundamentales de la legislación nacional que determinan qué hechos dan lugar a una obligación tributaria; dichas reglas no están contempladas en los tratados fiscales y por lo tanto no se ven afectadas por ellos».

El principio de no reconocimiento se vincula exclusivamente a las normas sobre precios de transferencia, es una consecuencia jurídica prevista por el artículo 9.1 del Modelo de convenio para el caso en que se produzcan operaciones vinculadas para cuya correcta tributación no baste con un ajuste valorativo, sino que deban modificarse además otras condiciones de la operación. En efecto, el artículo 9.1 del Modelo de convenio establece lo siguiente:

«Cuando... dos empresas estén en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, las utilidades que habrían obtenido... podrán... someterse a imposición».

Dicho de otro modo, las administraciones fiscales podrán ignorar aquellas «condiciones impuestas», aunque dichas condiciones no hagan referencia al precio de la operación, sino a otros aspectos de la misma, e incluso podrán recalificar la operación o ignorarla completamente.

Desvincular el principio del no reconocimiento de las normas internas en materia de abuso del derecho tiene importantes consecuencias jurídicas. Así, por ejemplo, las consecuencias en el orden sancionador, e incluso penal, de aplicar la norma interna de los negocios simulados o el principio convencional de no reconocimiento a una misma operación serán radicalmente distintas. Otro tanto sucede con el principio de no reconocimiento y la figura del conflicto en aplicación de la norma (antiguo fraude de ley), obviamente el no reconocimiento no deberá ajustarse a los procedimientos formales del conflicto.

b) Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación del no reconocimiento son aquellas estructuras no de mercado cuya corrección no puede reconducirse a un mero ajuste valorativo. Se trata de negocios inusuales cuya única justificación es la vinculación entre las partes intervinientes.

El párrafo 1.64 de las Directrices aporta dos ejemplos de operaciones susceptibles de no reconocimiento. El primero es el caso de una empresa a quien, por sus circunstancias (por ejemplo sobreendeudamiento), ninguna parte independiente concedería un préstamo. Si, a pesar de ello, una empresa del grupo le otorga un préstamo, dicha operación pudiera ser no reconocida por las autoridades fiscales. El segundo ejemplo es el caso de un pago único a cambio de unos servicios futuros a prestar con carácter indefinido, se trata de una operación perfectamente insólita que podría no ser reconocida.

En cualquier caso el enfoque del no reconocimiento es absolutamente excepcional y solo puede funcionar como *ultima ratio* para reconducir situaciones que se encuentran fuera del principio de plena competencia.

c) Problemática para la aplicación del principio de no reconocimiento

La aplicación práctica del principio de no reconocimiento plantea varios problemas, señalamos dos de ellos. El primero se refiere a una cierta confusión en la regulación de dicho principio por parte de los Comentarios; el segundo problema consiste en articular la aplicación del principio de no reconocimiento cuando las normas internas en materia de precios de transferencia contemplan únicamente el ajuste valorativo.

Respecto al primer problema, sucede que las Directrices son ciertamente contradictorias en esta materia. Así, por ejemplo, el presupuesto de hecho para la aplicación del no reconocimiento es el carácter inusual del negocio, entendiendo por tal el que no hubiera sido configurado así entre partes independientes. Pues bien, es difícil cohonestar esta circunstancia con la declaración, que realizan las propias Directrices, en el sentido de que los grupos multinacionales tienen formas singulares y específicas de organizarse que no van a coincidir, necesariamente, con las que hubieran adoptado partes independientes (entre otros, los párrafos 1.11, 1.67 y 9.173 de las Directrices).

Para superar este dilema, parece conveniente que el presupuesto de hecho ponga el acento no tanto en el carácter vinculado de la operación, como en la sustancia económica de la misma. Es decir, deberían ser respetadas aquellas estructuras que a pesar de su carácter desacostumbrado o excepcional puedan demostrar que tienen una lógica económica y comercial dentro del modelo de negocio instaurado por el grupo.

El segundo problema se plantea en relación a si hay que entender la cláusula convencional del artículo 9.1 como una norma directamente aplicable por los Estados contratantes o como una simple autorización a esos Estados para que implementen una norma interna con el alcance previsto en el artículo 9.1, de tal manera que si los Estados no prevén en su norma doméstica más ajuste que el valorativo no sería aceptable la aplicación del no reconocimiento. Esta última es la posición que sostiene parte importante de la doctrina (VOGEL). Sin embargo, existen Sentencias recientes de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2009 (rec. núm. 416/2005, NFJ034292) y de 21 de septiembre de 2009 (rec. núm. 210/2006, NFJ035825) que se inclinan claramente por la aplicación directa de la norma bilateral. En última instancia, la norma contable interna exige atender a la realidad económica de las operaciones, por lo que podría considerarse que es esta norma la que habilita a la administración tributaria para la aplicación de la doctrina del *disregard* prevista en el ámbito convencional.

d) Cuestiones específicas en relación con la transferencia de riesgos

Una reestructuración de negocios supone la transferencia de activos o funciones dentro de un grupo multinacional, lo cual, en último término, supondrá siempre la reasignación de riesgos entre las sociedades del grupo. Al fin y al cabo los riesgos, en general, derivan de la asunción de funciones o de la titularidad de activos. La esencia de una reestructuración de negocios es, pues, una nueva reubicación de los riesgos dentro del grupo.

Es por este motivo que, en el ámbito de las reestructuraciones empresariales, el principio de no reconocimiento estará estrechamente vinculado a la efectividad y a la lógica económica de ese nuevo reparto de riesgos entre las sociedades del grupo.

La primera parte del capítulo IX de las Directrices lleva por título «Consideraciones específicas en materia de riesgos» y contiene una serie de reglas cuyo objeto es analizar, comprender y validar la nueva reasignación de riesgos producida tras la reestructuración. Si la administración tributaria no acepta esa reasignación de riesgos deberá proponer las correcciones oportunas, ya sea en forma de ajuste valorativo o en forma de un no reconocimiento total o parcial de la operación.

La idea subyacente es que la reestructuración ha de suponer un efectivo y significativo traslado de riesgos entre las filiales del grupo y que el nuevo reparto de riesgos corresponda a una lógica de mercado, comparable, en lo posible, al que se hubiera acordado entre partes independientes, en caso contrario podría no quedar justificada una modificación relevante en los beneficios atribuidos a cada filial.

Podemos dividir el contenido de esta primera parte del capítulo IX de las Directrices en los siguientes apartados:

1. Metodología del análisis de la transferencia de riesgos.
2. Condiciones que deben cumplirse para entender que existe una efectiva transferencia de riesgos.
3. Sustancia económica de la transferencia del riesgo.
4. Relevancia económica del riesgo transferido.
5. Consecuencias de la atribución de riesgos.

1. Metodología del análisis de la transferencia de riesgos.

En cuanto a la metodología a seguir las Directrices apuntan al análisis contractual de la reorganización, complementado con el análisis de la conducta efectivamente seguida por las partes.

2. Condiciones que deben cumplirse para entender que existe una efectiva transferencia de riesgos.

Transferir un riesgo empresarial no supone necesariamente transferir las decisiones de gestión activa de dicho riesgo. La idea esencial es la de control. La transferencia del riesgo supone, ante todo, transferir el control sobre el mismo, este control supone estar en condiciones de tomar las decisiones en torno a quién gestiona el riesgo y cómo se gestiona. Por ejemplo, decidir si se va a gestionar interna y activamente por quien asume el riesgo o si se gestionará externa y pasivamente, esto es, encomendando su gestión a un tercero. Así, por ejemplo, en el caso del contrato de agencia muchos de los riesgos que asume y controla el principal pueden ser gestionados activamente por su agente, pero si el principal es quien, en última instancia puede decidir si la gestión activa la realiza el agente o él mismo u otro agente, cabe entender que mantiene el control del riesgo transferido, es decir, el riesgo seguirá situado en sede del principal a pesar de que no lo gestione activamente.

3. Sustancia económica de la transferencia del riesgo.

Si la transferencia del riesgo supone el control sobre el mismo, la parte que asume dicho riesgo ha de tener medios humanos y materiales para llevar a cabo dicho control, de lo contrario podría dudarse de la consistencia económica de la reestructuración.

Por idénticos motivos, la parte que asume el riesgo ha de contar con medios para la cobertura del mismo o con una estructura de fondos propios coherente con los riesgos asumidos (es lo que se conoce en las Directrices como capacidad financiera para asumir el riesgo). Siguiendo con el ejemplo del contrato de agencia, el principal asumirá, en general, los riesgos de insolvencia y de inventario, esto significa que los fondos propios de ese principal, tras la reestructuración, han de ser coherentes con esa situación.

Otro ejemplo, cuando se transmiten intangibles o actividades con elevados fondos de comercio, las entidades que los asumen deben tener fondos propios suficientes para financiarlos, pues no tendría excesiva lógica económica que la contrapartida en el balance de un intangible o un fondo de comercio fuera financiación ajena.

4. Relevancia económica del riesgo transferido.

El riesgo ha de ser significativo desde el punto de vista económico, ha de estar vinculado a un aspecto relevante de la cadena de valor del negocio. En caso contrario no se justificaría una reasignación importante de beneficios entre las sociedades del grupo.

5. Consecuencias de la atribución de riesgos.

Aceptada la nueva distribución del riesgo, las consecuencias son las siguientes:

- La parte a quien se transmite el riesgo debe soportar los costes de gestión y cobertura del mismo.
- La parte que asume el riesgo debe soportar los costes de materialización del riesgo.
- La parte que soporta el riesgo debe recibir una compensación en forma de mayor retorno (o mayores pérdidas).

Para la filial que cede el riesgo las consecuencias son exactamente las opuestas.

Si las autoridades fiscales no aceptasen la nueva distribución del riesgo, deberían corregir los efectos fiscales de esa reasignación ya sea por vía de ajustes valorativos o, con carácter excepcional, modificando, a efectos fiscales, la reasignación de riesgos pactada.

NUEVAS PERSPECTIVAS EN LA POLÍTICA FISCAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA ENERGÉTICA Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR

MARÍA DEL CARMEN CÁMARA BARROSO

Universidad de Jaén

Extracto:

LA armonización de la imposición sobre la energía y los productos energéticos en el seno de la Unión Europea, centrada actualmente en la Directiva 2003/96/CE y que tiene su reflejo a nivel nacional en nuestra Ley de Impuestos Especiales, ha estado orientada, desde sus inicios, esencialmente a la consecución de los objetivos del mercado único o interior europeo y aparentemente también, aunque en la práctica en menor grado, a la protección del medio ambiente. Este trabajo pretende destacar cuáles pueden ser, en nuestra opinión, los aspectos más controvertidos de la misma, así como tratar de señalar cuál podría ser la línea a seguir en su futura configuración, a tenor de lo dispuesto en las últimas propuestas forjadas en la Unión Europea y sin perder de vista el actual contexto de crisis económica, que sin duda alguna presidirá cualquier opción al respecto.

Palabras clave: armonización fiscal, crisis económica, energía, medio ambiente y mercado único o interior.

NEW PERSPECTIVES IN EUROPEAN UNION TAX POLICY ON ENERGY MATTER AND ITS EFFECT IN SPANISH TAX SYSTEM

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR
MARÍA DEL CARMEN CÁMARA BARROSO

Universidad de Jaén

Abstract:

THE harmonization of the taxation over energy and its products in the scope of the European Union, currently focused on the Directive 2003/96/CE which has its reflection at a national level in our Special Taxes Law, has been mainly oriented since its beginning to reach the objectives of the single European market and, also apparently, although in practice in a lower degree, environment protection. This essay tries to highlight which can be, in our opinion, its most controversial aspects, as well as it intends to point out which can be the guideline to be followed in its future configuration according to what is disposed in the last proposals forged in the European Union and without losing sight of the present context of economic crisis, which, without any doubt, will lead any option respecting it.

Keywords: tax harmonization, economic crisis, energy, environment and internal market.

Sumario

1. Descripción de la problemática analizada.
2. La fiscalidad de la energía en la Unión Europea y en España: fortalezas y debilidades.
3. Futuro de la imposición energética en la Unión Europea y su proyección en España.
4. Posibles líneas de actuación.

Bibliografía.

1. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA ANALIZADA

La armonización de la fiscalidad energética, en particular la Directiva 2003/96/CE, de 27 de octubre, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, y sus predecesoras, la Directiva 92/82/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aproximación de los tipos del Impuesto Especial sobre los Hidrocarburos, y la Directiva 92/81/CEE, de 19 de octubre, relativa a la armonización de las estructuras del Impuesto Especial sobre los Hidrocarburos, además de contribuir, en cierto modo, al logro de un objetivo específico como es la protección del medio ambiente ¹, ha sido, desde sus inicios, concebida, fundamentalmente, para evitar distorsiones en la competencia dentro del mercado único o interior, garantizando que este sector quede sometido a una carga, al menos, similar en toda la Unión Europea ². En este sentido, SACCHETTO pone

¹ Aunque la protección del medio ambiente ha sido, desde el comienzo, uno de los logros a conseguir por la Unión Europea, no sería hasta la entrada en vigor del Acta Única Europea, en 1987, cuando esta quedara configurada expresamente como objeto de su política, mediante la introducción en el Tratado de la Comunidad Económica Europea del Título VII relativo a la protección del mismo. Este Título VII, con el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), hecho en Maastricht en 1992, se convertiría en el Título XVI del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) y, posteriormente, con el Tratado de Ámsterdam de 1997, en el Título XIX de dicho texto. A día de hoy, la protección del medio ambiente queda configurada en el Título XX del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), que viene a sustituir al TCE a partir del Tratado de Lisboa de 2007. En palabras de SERRANO ANTÓN «el Acta Única Europea supuso la "constitucionalización" de la política que sobre medio ambiente ha venido desarrollando la Unión Europea» («Medidas tributarias medioambientales: la "Ecotasa de la Unión Europea"», en *Derecho del medio ambiente y Administración Local*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 793).

² En este sentido, CHICO DE LA CÁMARA considera que «el objetivo de la Unión Europea de protección al medio ambiente queda en un segundo plano cuando entra en juego una posible restricción a las libertades comunitarias» («Límites a la fiscalidad ambiental a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 237, 2004, pág. 33). Así, BAÉZ MORENO y RUIZ ALMENDRAL señalan acertadamente como, en lo que a fiscalidad energética se refiere, «todo el marco normativo o margen de actuación posible para los Estados miembros está supeditado a que ello no afecte al buen funcionamiento del mercado interior» («La tributación mínima sobre la energía en la Unión Europea: entre las exigencias del mercado único y los principios de justicia tributaria», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 268, 2007, pág. 34). Del mismo modo, VERRIGNI entiende que el proceso de armonización de las accisas ha constituido un pasaje esencial para la realización del mercado único o interior ya que, debido a la influencia directa de dichos tributos sobre el precio de los productos, se hacía necesaria la supresión de las fronteras fiscales entre los Estados miembros, eliminando así los obstáculos a la libre circulación de las mercancías («Le accise» en *Lo stato della fiscalità nell'Unione Europea: l'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, tomo I, Bologna, Scuola di Polizia Tribu-

de manifiesto como, al inicio del proceso de armonización en la Unión Europea, el factor fiscal era tenido en cuenta únicamente como un obstáculo a salvar para la consecución de los objetivos principales del Tratado ³.

Pese a ello, en los últimos años, la imposición sobre la energía se ha venido configurando como un instrumento fundamental al servicio de los Estados miembros para alcanzar los objetivos de la Unión Europea en materia de medio ambiente y, así, poder dar cumplimiento a los postulados del Protocolo de Kyoto de 1997. En esta misma línea, la Comisión ha señalado recientemente en su informe «Las reformas fiscales de los Estados miembros de la UE: desafíos de política fiscal para el crecimiento económico y la sostenibilidad fiscal», de 10 de octubre de 2011, como, en la mayoría de los Estados miembros, el desarrollo de la imposición medioambiental se está llevando a cabo a través de la imposición energética ⁴.

Sin embargo, y pese a la evidente necesidad de conseguir una tutela adecuada del medio ambiente, en el actual contexto de crisis económica en el que se encuentra inmerso Europa, y ante la difícil aceptación por parte del contribuyente de un aumento de la carga tributaria sobre la capacidad económica clásica, esto es, renta y patrimonio ⁵, se hace cada vez más necesaria la utilización de instrumentos que procuren, al mismo tiempo que se consiguen ciertos avances en materia medioambiental, la obtención de unos mayores ingresos a las arcas públicas de los diferentes Estados miembros ⁶.

Así, la Comisión, en su comunicación *Impuestos y gravámenes ambientales en el mercado único*, afirmó que la utilización de los ingresos derivados de los impuestos y gravámenes ambientales incide en varios ámbitos del Derecho de la Unión Europea, al margen de la política medioam-

taria della Guardia di Finanza, 2003, pág. 487). De forma similar, LUCHENA MOZO afirma que «los impuestos sobre la energía son más antiguos que el interés de protección ambiental y responden inicialmente a finalidades recaudatorias» («Fiscalidad y medio ambiente», en *Nueva Fiscalidad*, n.º 5, 2003, pág. 43).

³ Cfr. SACCHETTO, C.: «La politica fiscale della CEE e le prospettive dell'armonizzazione fiscale», en *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, n.º 1, 1982, pág. 800.

⁴ «Tax Reforms in EU Member States: tax policy challenges for economic growth and fiscal sustainability», en *Taxation Papers*, n.º 28, 2011.

⁵ Pese a ello, el Real Decreto-Ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal, ha señalado la necesidad de asegurar la estabilidad de nuestra economía con una mayor contribución por parte de quienes tienen una mayor capacidad económica. No creemos que los productos de precios muy altos e inestables, y de cuyo consumo no se puede prescindir en la vida cotidiana, como es el caso de los carburantes, sean los más adecuados para soportar una desorbitada fiscalidad.

⁶ La Comisión, en su comunicación Europa 2020 –Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador–, COM (2010) 2020 final, de 3 de marzo, ya indicó la importancia de desplazar la presión fiscal desde el trabajo a los impuestos sobre la energía y medioambientales. De otro lado, la Recomendación del Consejo relativa al programa nacional de reforma de 2011 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad actualizado de España (2011-2014), SEC (2011) 817 final, de 7 de junio, contempló la posibilidad de potenciar la competitividad española disminuyendo, de forma neutra para el presupuesto, el nivel relativamente alto de las contribuciones sociales, a fin de reducir los costes laborales no salariales. En este sentido, se señala que los impuestos sobre la energía, especialmente los impuestos sobre los carburantes, se mantienen a un nivel relativamente bajo en nuestro país y que, por lo tanto, pueden constituir una posible fuente de ingresos compensatorios. Al hilo de esta cuestión CARBAJO VASCO pone de manifiesto como «la opinión pública suele aceptar más fácilmente la implantación de nuevos gravámenes si estos figuran con la categoría "medioambiental"» («Sobre el concepto de tributo medioambiental. A vueltas con un viejo tema», en *Boletín de Actualidad Crónica Tributaria*, n.º 5, 2010, pág. 13).

biental, especialmente en las políticas sobre competencia, mercado único y fiscalidad⁷. Como ya señalara FICHERA, la imposición energética tiene una importante incidencia, al mismo tiempo, sobre la política económica y social (industrial, de transporte, energética, ambiental, etc.) y la fiscal de la Unión Europea, en cuanto asegura importantes ingresos a los diferentes Estados miembros⁸. En el mismo sentido, DEKETELAERE considera que el tratamiento ofrecido al medio ambiente en la Unión Europea es «ambiguo», ya que, aunque se quiere dar la impresión de que la protección del mismo es un objetivo central de su política, en términos reales, «sirve», fundamentalmente, para la realización de los objetivos y prioridades de otras políticas como puede ser, por ejemplo, la de transporte⁹.

En este sentido, es evidente que, a día de hoy y según su configuración actual, los impuestos energéticos se recaudan, fundamentalmente, para obtener ingresos, con independencia de que a través de los mismos se puedan lograr a su vez, en mayor o menor medida, objetivos tales como la consecución de un uso eficiente de la energía o la promoción de fuentes de energía limpias o renovables¹⁰.

Así, pese a la supuesta y poco convincente finalidad extrafiscal del Impuesto sobre Hidrocarburos, orientada a la protección del medio ambiente, señalada en la Exposición de Motivos de la Ley 38/1992, en la práctica, nos encontramos ante un tributo de gran importancia recaudatoria que grava un consumo muy extendido con una demanda muy inelástica¹¹. Si el Impuesto sobre Hidrocarburos se estructurase como un estricto impuesto extrafiscal, el principal objetivo en su articulación tendría que ser la disminución de las emisiones de CO₂, principal causante del efecto invernadero, de tal forma que el éxito del mismo no debería residir en un incremento de su recaudación, sino en todo lo contrario. En palabras de HERRERA MOLINA, «el Impuesto sobre Hidrocarburos tiene un fin esencialmente recaudatorio adornado con ciertas pinceladas ambientales»¹².

Hasta el momento la tendencia del legislador tributario ha sido la de incrementar los tipos de gravamen del impuesto sin considerar cómo conseguir unas menores emisiones de gases de efecto invernadero en función de la determinación de unos tipos de gravamen inferiores para aquellos car-

⁷ COM (97) 9 final, de 26 de marzo.

⁸ Cfr. FICHERA, F.: «L'armonizzazione delle accise», en *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, vol. LVI, parte I, 1997, pág. 243. Así, ORTIZ CALLE señala que «la protección ambiental constituye una política de carácter transversal que, en cuanto tal, es susceptible de incidir en las restantes actuaciones comunitarias» («La adhesión de España a las instituciones europeas y su incidencia en la protección fiscal del medio ambiente», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 315, 2011, pág. 95).

⁹ Cfr. DEKETELAERE, K.: «European environmental tax policy: proposal for a policy vision and a legal framework», en *European Environmental Law Review*, January, 1996, pág. 10.

¹⁰ En esta línea, es bastante explícito el preámbulo del Real Decreto-Ley 8/2009, de 12 de junio, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito, por importe total de 19.821,28 millones de euros, y se modifican determinados preceptos de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, encargado de incrementar los tipos de gravamen del Impuesto sobre Hidrocarburos en España. En el mismo se señala que «siendo la finalidad de esta imposición esencialmente recaudatoria, puede constituirse también en un instrumento al servicio de la política de protección del medio ambiente».

¹¹ Así, ALONSO GONZÁLEZ señala la «escasa resistencia de los contribuyentes al pago, habida cuenta de que se trata de consumos inelásticos toda vez que el mismo apenas se altera pese a la elevación de su fiscalidad» («Los impuestos especiales como tributos medioambientales», en *Derecho del medio ambiente y Administración Local*, cit., pág. 658).

¹² Cfr. HERRERA MOLINA, P.M.: *Derecho Tributario Ambiental. La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 324.

burantes menos contaminantes. Sin embargo, recientemente, la Comisión ha presentado una propuesta de revisión de las normas obsoletas sobre la fiscalidad de los productos energéticos en la Unión Europea que propone una modificación del régimen actual de la imposición sobre la energía, de tal forma que se tengan en cuenta las emisiones de dióxido de carbono de los productos sometidos a la misma, y así su repercusión en el medio ambiente, al tiempo que se consigue un incremento de ingresos, mediante una división del tipo mínimo del impuesto en dos partes, una basada en las emisiones de CO₂ del producto energético y otra en el contenido energético del mismo ¹³.

Consideramos positiva la iniciativa de la Unión Europea en este sentido pues, siguiendo a PERRONE CAPANO, entendemos que algunos problemas ambientales, por su dimensión, no pueden ser resueltos a nivel nacional ¹⁴. En este contexto, ORTIZ CALLE considera que «la regla de oro de la protección ambiental es pensar globalmente y actuar localmente», de manera que el núcleo central de la política ambiental resida en la Unión Europea pero se ejecute a nivel nacional ¹⁵.

En las páginas siguientes intentaremos definir, de un modo sintético, cuáles son los aspectos de mayor relevancia en la regulación actual de la imposición energética, tanto en el plano europeo como nacional, así como señalar cuál será, en nuestra opinión, la evolución y el futuro de la misma en el contexto económico en el que nos movemos y al hilo de lo establecido en los últimos documentos publicados por las distintas instancias de la Unión Europea.

2. LA FISCALIDAD DE LA ENERGÍA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA: FORTALEZAS Y DEBILIDADES

Como ya hemos señalado, es innegable el papel que ha jugado la imposición sobre la energía en la consecución de los objetivos de la Unión Europea y, por ende, en la construcción del mercado único o interior. Así, en opinión de CAYÓN GALIARDO, FALCÓN Y TELLA y DE LA HUCHA CELADOR a la imposición sobre aceites minerales, y por extensión de la energía, se ha dedicado en la Unión Europea una «atención notablemente superior a la destinada a los restantes impuestos sobre consumos específicos» ¹⁶. Se hace necesario destacar, en tal sentido, la importancia de la Directiva 2003/96/CE. El limitado campo de aplicación de sus predecesoras, que reducían su ámbito objetivo a los hidrocarburos, dejando así fuera de gravamen a la electricidad y otros productos energéticos, perjudicaba el buen funcionamiento del mercado único o interior. Pese a ello, la Directiva 2003/96/CE presenta una serie de problemas entre los que podemos señalar, fundamentalmente, los siguientes: (i) el hecho

¹³ COM (2011) 169 final, de 13 de abril –Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2003/96/CE del Consejo por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad–.

¹⁴ Cfr. PERRONE CAPANO, R.: «L'imposizione e l'ambiente», en *Tratato di Diritto Tributario*, vol. I, tomo I, Padova, CEDAM, 1994, pág. 483.

¹⁵ Cfr. ORTIZ CALLE, E.: «Límites y posibilidades de una imposición sobre los hidrocarburos orientada a la protección del medio ambiente», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 234, 2004, pág. 67.

¹⁶ Cfr. CAYÓN GALIARDO, A.; FALCÓN Y TELLA, R. y DE LA HUCHA CELADOR, F.: *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el sistema tributario español: incidencia y convergencia*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1990, pág. 472.

de que la configuración actual de la misma no refleje las propiedades energéticas y medioambientales de los diferentes carburantes, promoviéndose, implícitamente, aquellos que contaminan en un mayor grado ¹⁷; (ii) el tratamiento fiscal ofrecido, sin ninguna justificación, a algunas fuentes de energía fósil como, por ejemplo, el carbón ¹⁸; y (iii), por último, el deficiente tratamiento fiscal otorgado a los biocarburantes –entendidos estos como aquellos productos elaborados a partir de materia vegetal, incluidos en la denominada «biomasa»–, probablemente, fruto del hecho de que estas normas fueron elaboradas en un momento en el que el consumo de los mismos no era accesible para la mayor parte de la sociedad.

En concreto, en lo que a biocarburantes se refiere, se hace preciso señalar que, desde hace ya unos años, las distintas instancias de la Unión Europea han tratado de fomentar incesantemente el desarrollo de los mismos, por ser considerados como sustitutos directos de los combustibles fósiles que, al estar producidos a partir de materia orgánica, provocan importantes reducciones en las emisiones de gases de efecto invernadero, pues emiten, en su combustión, mucho menos CO₂ que los carburantes fósiles, contribuyendo de este modo con la consecución de los objetivos del Protocolo de Kyoto ¹⁹.

Así, ha sido frecuente la utilización extrafiscal del instrumento tributario, como mecanismo de incentivo o estímulo, mediante el establecimiento de exenciones a los biocarburantes en los diferentes Estados miembros. En este sentido, se hace necesario destacar la importancia de la previsión contenida en el artículo 16 de la Directiva 2003/96/CE que permite la posibilidad de aplicar una exención o un tipo reducido a estos, bajo una serie de condiciones, con la finalidad de reducir la incidencia de su mayor coste de producción con respecto a los combustibles fósiles, siempre y cuando dicha reducción no conduzca a una sobrecompensación de los costes adicionales que pudiera afectar a la consecución de los objetivos del mercado único o interior.

¹⁷ Así, el informe «Las reformas fiscales de los Estados miembros de la UE: desafíos de política fiscal para el crecimiento económico y la sostenibilidad fiscal», arriba indicado, señala como más de la mitad de los Estados miembros de la zona euro ofrecen un tratamiento mucho más favorable al gasóleo, frente a la gasolina sin plomo, no justificado desde un punto de vista ambiental. Ya en su momento, GALÁN SÁNCHEZ indicó que «sería conveniente hacer converger el tipo mínimo del impuesto especial comunitario aplicable al gasóleo no profesional hacia el aplicable a la gasolina sin plomo» («Los elementos de cuantificación del Impuesto sobre Hidrocarburos a la luz de la normativa comunitaria», en *Estudios sobre la fiscalidad de la energía y desarrollo sostenible*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2006, pág. 69).

¹⁸ Imposición sobre el carbón que, en España, introducida en la Ley 38/1992 a través de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea, tiene un carácter meramente testimonial al declararse exento prácticamente todo su consumo.

¹⁹ En la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo –*Energías renovables: en marcha hacia el objetivo de 2020*–, COM (2011) 31 final, de 31 de enero, se señaló que la política de la Unión Europea en materia de energías renovables, iniciada con la adopción del Libro Blanco para una estrategia y un plan de acción comunitarios, COM (97) 0599 final, de 26 de noviembre, ha venido determinada por la necesidad de «descarbonizar» el sector energético y paliar la creciente dependencia de las importaciones de combustibles fósiles procedentes de regiones de fuera de la Unión Europea caracterizadas por una fuerte inestabilidad política. Así, la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, considera fundamental el papel que desempeñan los biocarburantes en el fomento de la seguridad del abastecimiento energético y en la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

En particular, en el ordenamiento jurídico español, el artículo 50 de la Ley 38/1992 prevé la aplicación de un tipo cero para los biocarburantes (bioetanol, biometanol y biodiésel) hasta el 31 de diciembre de 2012. Se trata de un beneficio fiscal con carácter temporal, ya que a partir de esa fecha pasarán a tributar a los tipos impositivos que graven en cada momento la gasolina sin plomo de 95 IO, en el caso de que se trate de bioetanol o biometanol, y el gasóleo para uso general, en el caso del biodiésel ²⁰.

Por su parte, el artículo 50 bis del mismo texto normativo señala que dichos tipos se aplican exclusivamente sobre el volumen de biocarburante, sin que puedan extenderse al volumen de otros productos con los que pudieran utilizarse mezclados. Además, en su inciso segundo, permite que, siempre que la evolución comparativa de los costes de producción de los productos petrolíferos y de los biocarburantes lo aconseje, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado puedan fijar el importe de los tipos impositivos previstos para estos, en atención a las referidas circunstancias, estableciendo, en su caso, tipos de gravamen positivos.

A pesar de que no es posible negar un cierto efecto positivo a tales exenciones fiscales, al ser adoptadas de forma unilateral por algunos Estados miembros, no constituyen soluciones eficaces a largo plazo. Por lo tanto, se hace necesario introducir el interés ambiental, entendido como un verdadero incentivo al cuidado del medio ambiente, en la fiscalidad sobre la energía a nivel europeo. En el siguiente apartado trataremos de ver la respuesta que propone la Comisión a la solución de este problema.

En otro orden de ideas, y antes de pasar a analizar en profundidad el contenido de la propuesta de modificación de la Directiva 2003/96/CE, centrándonos ya en el plano interno, se hace preciso señalar que, en nuestro ordenamiento jurídico, junto al Impuesto sobre Hidrocarburos, regulado en la Ley 38/1992, se aplica, desde 2001, el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (en adelante, IVMDH), como tributo que grava en fase única las ventas minoristas de los productos comprendidos en su ámbito objetivo, no armonizado a nivel de la Unión Europea, y dirigido, básicamente, a aumentar la corresponsabilidad fiscal (autonomía financiera) de las comunidades autónomas ²¹.

²⁰ Si bien es cierto que podía llegar a pensarse que la exención concedida a los biocarburantes en la Ley 38/1992 se encuadra dentro del concepto de ayuda de Estado, contenido en el artículo 107 del TFUE (antiguo art. 87 TCE), que entiende «incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones», las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente de 2001 –2001/C 37/03–, vigentes en el momento del nacimiento de la exención a los biocarburantes en el ordenamiento jurídico español, introducida en el mismo a través de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y cuya última redacción fue dada por la Ley 22/2005, que suponen una excepción a la prohibición de ayudas de Estado bajo determinadas circunstancias, entendiendo que la exigencia de la protección del medio ambiente puede constituir un objetivo en virtud del cual algunas ayudas de Estado pueden ser compatibles con el mercado único o interior, consideraron que estas podían admitirse en determinadas condiciones por un periodo limitado de 10 años, lapso de tiempo por el que fueron introducidas en nuestro país (1992-2012).

²¹ Así, el artículo 4.2. de la Directiva 2003/96/CE entiende por nivel de imposición «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 a consumo». BORRERO MORO señala como, de

El 14 de junio de 2001, AUJEAN, en aquel momento Director General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión, en contestación a las cuestiones planteadas por el profesor LASARTE, Presidente de la Comisión para el estudio y propuesta de un nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas aplicables a partir de 2002, en torno a la posibilidad de creación de nuevas figuras de la imposición indirecta que incrementaran la autonomía financiera de las comunidades autónomas, afirmó que España podría crear nuevos impuestos nacionales sobre los hidrocarburos, siempre que se cumplieran las siguientes condiciones: (i) que no tuvieran un objetivo presupuestario; (ii) que se hiciera coincidir su exigibilidad con el momento de la puesta a consumo; y (iii) que no se establecieran tipos de gravamen diferentes en las distintas comunidades autónomas²².

Pocos meses después nacería en el ordenamiento jurídico español el IVMDH, creado por el artículo 9 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con la condición de impuesto estatal cedido, desde el momento de su implantación, a las comunidades autónomas y quedando afectada su recaudación a la cobertura de gastos en materia de sanidad y, en su caso, tal y como se desprende del tenor literal de la norma, a la financiación de actuaciones medioambientales²³. El IVMDH, pese a ser un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo de determinados hidrocarburos, gravando en fase única las ventas minoristas de los productos comprendidos en su ámbito objetivo, no se incluye dentro de los impuestos especiales, regulados en la Ley 38/1992²⁴.

este modo, «el cumplimiento por los distintos Estados miembros de los niveles mínimos comunitarios de imposición puede conseguirse mediante el establecimiento de diversos impuestos indirectos sobre los hidrocarburos, a excepción del IVA, siempre que se alcance el nivel mínimo de imposición fijado por la Unión Europea («La necesaria reconversión del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos en el marco del nuevo sistema de financiación autonómico», en *Crónica Tributaria*, n.º 137, 2010, pág. 74).

²² Comisión para el estudio y propuesta de un nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas aplicable a partir de 2002: *Informe sobre la reforma del sistema de financiación autonómica*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, págs. 195-215.

²³ El artículo 9 de la Ley 24/2001 dispone que el tipo de gravamen aplicable a cada producto gravado se forma mediante la suma de los tipos estatal y autonómico, siendo el autonómico aquel que, conforme a lo previsto en la ley que regule la cesión de tributos a la comunidad autónoma, sea aprobado por la comunidad autónoma. Si la comunidad autónoma no hubiese aprobado tipo alguno, el tipo de gravamen del impuesto será únicamente el estatal. El punto 3 del apartado uno de dicho artículo 9 señala que los rendimientos que se derivan del IVMDH quedan afectados en su totalidad a la financiación de gastos de naturaleza sanitaria y que, en su caso, la parte de los recursos derivados de los tipos de gravamen autonómicos «podrá» dedicarse a la financiación de actuaciones medioambientales. No entendemos muy bien la relación entre el gasto que se pretende financiar (fundamentalmente sanitario) y el objeto de gravamen del impuesto; además, siguiendo a HERREIRA MOLINA, podemos afirmar que «la mera afectación de las sumas recaudadas constituye una nota externa a la estructura del tributo que no basta para atribuirle el calificativo de ambiental» (*Derecho Tributario Ambiental. La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario*, cit., pág. 58). Hasta el momento han sido ocho las comunidades autónomas, sin tener en cuenta los regímenes forales de Navarra y el País Vasco, que han hecho uso de su capacidad normativa para aplicar el tramo autonómico del impuesto: Andalucía, Asturias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia y Valencia.

²⁴ En principio, y pese a no encontrarse armonizado conforme a directivas comunitarias, no entra en colisión con el artículo 33 de la Sexta Directiva 77/388/CEE, del Consejo, de 17 de mayo, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios—Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme— (actual art. 401 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido), que permitía la posibilidad del «mantenimiento o establecimiento por un Estado miembro de impuestos sobre los contratos de seguros, sobre juegos y apuestas, sobre consumos específicos, de derechos de registro y, en términos generales, de cualquier impuesto, derecho o tasa que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios».

En nota de prensa de 6 de mayo de 2008 la Unión Europea comunicó que la Comisión había tomado medidas contra España en relación con la aplicación del IVMDH, mediante notificación formal, en forma de Dictamen motivado, no público, dentro del procedimiento de infracción del artículo 258 del TFUE (art. 226 del antiguo TCE, vigente en el momento de iniciación del procedimiento), previendo la remisión de este asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si en el plazo de dos meses España no adoptaba las medidas oportunas. De momento no hay noticias de que la Comisión haya enviado el caso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por tanto, a día de hoy, dicho impuesto se sigue aplicando en nuestro país.

En concreto, la Comisión argumentaba que el IVMDH no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE, de 25 de febrero, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales, vigente en aquel momento y derogada por la Directiva 2008/118/CE, de 16 de diciembre, relativa al régimen general de los impuestos especiales, y por la que se deroga la Directiva 92/12/CEE, por las siguientes razones ²⁵: (i) el devengo no se ajusta al del Impuesto sobre Hidrocarburos por no tener lugar en el momento en que los productos dejan el último depósito fiscal, sino en una fase posterior cuando los productos se venden al consumidor en las estaciones de servicio y (ii) considera que el objetivo principal del impuesto es fortalecer la autonomía de las comunidades autónomas, proporcionándoles los medios necesarios para aumentar sus ingresos tributarios mediante el reconocimiento de una mayor potestad tributaria, lo que nada tiene que ver con el sentido que la expresión «finalidad específica» tiene en la Directiva.

Como ya hemos señalado, la Comisión Europea aún no ha enviado el caso, y tampoco creemos que lo haga de forma inminente, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con una aparente voluntad de alargar cuanto sea posible el procedimiento, confiando en la reforma a operar por España y, probablemente, también con el buen criterio de no provocar especiales quebrantos recaudatorios en plena crisis económica. A continuación trataremos de señalar en qué medida puede afectar a la vigencia de este impuesto en el ordenamiento jurídico español la propuesta de modificación de la Directiva a la que venimos haciendo referencia.

3. FUTURO DE LA IMPOSICIÓN ENERGÉTICA EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU PROYECCIÓN EN ESPAÑA

A pesar de que la mayoría de los impuestos indirectos están armonizados a nivel de la Unión Europea, existen diferencias significativas en el nivel de la imposición sobre el consumo en los diferentes Estados miembros. Así, en lo que nos interesa, y tal y como se desprende del informe «Las reformas fiscales de los Estados miembros de la UE: desafíos de política fiscal para el crecimiento

²⁵ El artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE (actual art. 1.2 de la Directiva 2008/118/CE) permitía que los productos objeto de los impuestos especiales (alcohol y bebidas alcohólicas, hidrocarburos y labores del tabaco) pudieran estar gravados por otros impuestos indirectos de finalidad específica a condición de que respetasen las normas impositivas aplicables en relación con los impuestos especiales o el IVA para la determinación de la base imponible, la liquidación, el devengo y el control del impuesto.

económico y la sostenibilidad fiscal», la imposición energética y ambiental se ha venido incrementando en algunos Estados miembros en los últimos años ²⁶. En este contexto, se venía haciendo necesaria una revisión de la Directiva 2003/96/CE y, con ello, una aproximación de los tipos de gravamen de los diferentes países de la Unión Europea, evitando así una distorsión mayor de la competencia entre los diferentes Estados miembros que impida la consecución del mercado único o interior.

Ya en su momento, el Libro Verde sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente y otras políticas relacionadas señaló la necesidad de llevar a cabo una revisión de la Directiva, entendiendo como una opción posible la división de los niveles mínimos de imposición en elementos energéticos y medioambientales, lo que se reflejaría a nivel nacional en un impuesto sobre el consumo de energía y un impuesto medioambiental ²⁷. Este enfoque podría permitir una diferenciación fiscal a favor de las fuentes de energía más respetuosas con el medio ambiente ²⁸.

Finalmente, el 13 de abril de 2011, la Comisión presentó la propuesta de Directiva que modifica la Directiva 2003/96/CE del Consejo por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad. Con esta propuesta se pretende, fundamentalmente, «desdoblar» el tipo mínimo de gravamen a aplicar a los productos contenidos en su ámbito objetivo en dos: (i) una imposición energética vinculada a las emisiones de CO₂ en todos aquellos sectores que no cubra la Directiva 2003/87/CE, de 13 de octubre, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo ²⁹; y (ii) una imposición basada en el

²⁶ Así, por ejemplo, y según la información contenida en dicho texto, en Finlandia se ha reestructurado la imposición sobre la energía teniendo en cuenta tanto el contenido energético como las emisiones de CO₂ de los productos sometidos al impuesto y en Irlanda se ha introducido un impuesto sobre las emisiones de CO₂.

²⁷ COM (2007) 140 final, de 28 de marzo.

²⁸ Unos años atrás, la Comisión, en su comunicación COM (92) 226 final –*Proposal for a Council Directive introducing a tax on carbon dioxide emissions and energy*–, de 30 de junio, señaló su intención de introducir un impuesto sobre las emisiones de CO₂ (volumen, en toneladas, de dióxido de carbono emitido por combustión en presencia de un exceso de oxígeno) y la energía (valor energético de los productos gravados medido en gigajulios). Pese a que los objetivos de la misma eran bastante ambiciosos, y sus resultados habrían sido, probablemente, satisfactorios, su entrada en vigor quedaba condicionada a la introducción por otros países de la OCDE de un impuesto similar, debido a que la aplicación de un impuesto ecológico exclusivamente en el ámbito de la Unión implicaba una pérdida de competitividad de la industria europea, lo que no llegó a producirse. Seguidamente, en 1995 –COM (95) 172 final, de 10 de mayo– la Comisión presentó un texto modificado de la anterior Directiva –*Amended Proposal for a Council Directive introducing a tax on carbon dioxide emissions and energy*–, más flexible y que ofrecía una mayor discrecionalidad a los Estados miembros, que tampoco llegó a aprobarse. Posteriormente, en 1997 –COM (97) 30 final, de 12 de marzo–, se realizó otra propuesta de Directiva por la que se reestructuraba el marco comunitario para la tributación de los productos energéticos, que ya no pretendía la creación de un impuesto nuevo sobre la energía sino una reestructuración del marco comunitario vigente para la tributación de los productos energéticos. Finalmente, el 27 de octubre de 2003, se concluyó con la aprobación de la Directiva 2003/96/CE, que concedía aún un mayor margen de maniobra a los Estados miembros, estableciendo un tipo mínimo de gravamen, que mantiene las posibles distorsiones de la competencia entre los distintos países de la Unión Europea dentro de unos márgenes aceptables, acompañado de diferentes exenciones, tipos cero, bonificaciones o periodos de inaplicación. Para RAPONI la evolución histórica de la iniciativa de la Comisión de introducir un impuesto sobre las emisiones de CO₂ y la energía demuestra la dificultad de poner de acuerdo a los Estados miembros en la introducción de los llamados impuestos «verdes» («Common system for the taxation of energy products», en *EC Tax Review*, n.º 2, 1997, pág. 121).

²⁹ LUCHENA MOZO ya señaló como «el comercio de derechos de emisión y los impuestos energéticos destinados a tratar las emisiones de dióxido de carbono deberían planearse de manera que actúen como instrumentos complementarios» («Fiscalidad de la energía», en *Crónica Tributaria*, n.º 108, 2003, pág. 50).

contenido energético, dirigida a procurar unos mayores ingresos a los Estados miembros (no ya tanto a la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero). El cuadro de la imposición mínima sobre la energía a aplicar por los diferentes países sometidos a la Directiva quedaría configurado de la siguiente manera ³⁰:

Imposición relacionada con el CO ₂	20 €/tonelada de CO ₂ (no aplicable a la electricidad)
Imposición sobre el consumo energético general	Carburante de automoción: 9,6 €/GJ (a alcanzar gradualmente en 2018)
	Combustible de calefacción y carburante de automoción utilizado para los fines establecidos en el artículo 8.2: 0,15 €/GJ (desde 2013)

Por su parte, la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico Social Europeo –*Por una fiscalidad más inteligente para la UE: propuesta de revisión de la Directiva sobre la imposición de los productos energéticos y de la electricidad*– ³¹, de la misma fecha, señala como, a través de la modificación de la Directiva, se pretenden conseguir entre otros, los siguientes objetivos: (i) ofrecer a los biocarburantes un tratamiento fiscal que les permita aprovechar al máximo su posible potencial medioambiental; (ii) asegurar que el sector del transporte no quede al margen del esfuerzo tendente a la reducción de emisiones de CO₂; y (iii) ajustar la fiscalidad de la gasolina y el gasóleo de automoción para lograr reequilibrar la oferta y la demanda en el mercado europeo de los combustibles, que se encuentra ante una creciente necesidad de importar gasóleo de automoción, avanzando hacia una situación en la que ambos productos se graven a un mismo nivel.

Indicamos a continuación cuáles son, en nuestra opinión, los principales cambios que se introducirían en la Directiva 2003/96/CE si se llegara a aprobar la propuesta.

En lo que se refiere al fomento de la utilización de las fuentes de energía renovables, esto es, el primero de los objetivos señalado por la Comisión en la comunicación de 13 de abril de 2011, es de vital importancia hacer referencia a la modificación que se pretende operar sobre el artículo 16 de la Directiva, suprimiendo, para 2023, la opción que tienen los Estados miembros para establecer una exención o reducción para los biocarburantes, entendiéndose que a medio plazo esta disposición no será necesaria, debido a que los cambios previstos ya tienen suficientemente en cuenta las peculiaridades de los productos obtenidos a partir de la biomasa ³².

³⁰ Este desdoblamiento del tipo de gravamen implicaría una subida generalizada de los tipos mínimos de imposición aplicable a los productos energéticos, para el uso como carburante o como combustible de calefacción, pudiendo destacar como, por ejemplo, mientras que el tipo de gravamen de la gasolina sin plomo permanecería prácticamente invariable, existe una previsión de que el gasóleo de automoción llegue a alcanzar los 390 euros por 1.000 litros en 2018 (siendo a día de hoy de 330 euros por 1.000 litros), quedando así incluso por encima del tipo de gravamen de la gasolina sin plomo (que para 2018 se prevé en 360 euros por 1.000 litros).

³¹ COM (2011) 168 final, de 13 de abril.

³² Ello es debido a que, de un lado, la imposición vinculada al CO₂ se basa en los factores de emisión de CO₂ de referencia establecidos en la sección 11 del anexo 1 de la Decisión 2007/589/CE de la Comisión, de 18 de julio, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que para el caso de los biocarburantes es de 0, y, por tanto, no quedan sometidos a imposición por este concepto y, de otro, en consonancia con los valores de referencia esta-

En relación con el segundo de los objetivos señalados, esto es, asegurar que el sector del transporte no quede al margen del esfuerzo tendente a la reducción de emisiones de CO₂, la propuesta pretende eliminar la posibilidad de que los Estados miembros ofrezcan diferente tratamiento fiscal a los usos comerciales y no comerciales del gasóleo de automoción, por entenderlo incompatible con la mejora de la eficiencia energética y para poder hacer frente al creciente impacto medioambiental del transporte³³. Se eliminaría así la posibilidad, contenida en el inciso segundo del artículo 7 de la Directiva 2003/96/CE, de que los Estados miembros establezcan una diferencia a favor del uso profesional del gasóleo utilizado como carburante de automoción³⁴.

Con fecha 12 de septiembre de 2001 apareció el Libro Blanco de la Comisión de la Unión Europea –*La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad*–³⁵ que, apostando por una necesidad de avanzar en la armonización europea de los tipos de gravamen del Impuesto sobre Hidrocarburos, señaló como la desvinculación de los regímenes fiscales de los combustibles reservados a los usos profesionales y a los usos privados permitiría a los Estados miembros reducir las diferencias de imposición que afectan a los vehículos que consumen gasolina y a los que consumen gasóleo, entendiendo que la original distinción entre ambos estaba claramente relacionada con las necesidades económicas del transporte por carretera, principal consumidor de gasóleo. En este texto la Comisión fue más allá entendiendo como necesaria la instauración de un impuesto especial, armonizado a nivel de la Unión Europea, para el gasóleo de uso profesional, superior a la media de los impuestos sobre el gasóleo vigentes en aquel momento, para satisfacer los requisitos de las políticas europeas de transportes, medio ambiente y energía, mejorando así el funcionamiento del mercado único o interior.

Además, en otro orden de ideas, se prevé también la modificación de las exenciones o reducciones potestativas contempladas en el artículo 15³⁶: (i) de un lado, limitando algunas de ellas a la

blecidos en el anexo III de la Directiva 2009/28/CE, se observa para los mismos un contenido energético menor que para el caso de los combustibles fósiles y, por ende, una tributación menor sobre el consumo energético en general.

³³ Así, la propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/96/CE en lo relativo a la adaptación del régimen fiscal especial aplicable al gasóleo utilizado como carburante de automoción para fines profesionales, y a la coordinación de la imposición de la gasolina sin plomo y del gasóleo utilizado como carburante de automoción, COM (2007) 52 final, de 13 de marzo, que queda sin efecto con la propuesta de abril de 2011, ya señaló en su momento como una mayor aproximación del nivel impositivo comunitario aplicable al gasóleo utilizado con fines profesionales respondería, de manera eficaz, al problema de la competencia desleal y daría lugar, en definitiva, a un mejor funcionamiento del mercado único o interior y a la reducción de los daños causados al medio ambiente.

³⁴ Tal y como señalara en su día el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/96/CE en lo relativo a la adaptación del régimen fiscal especial aplicable al gasóleo utilizado como carburante de automoción para fines profesionales, y a la coordinación de la imposición de la gasolina sin plomo y del gasóleo utilizado como carburante de automoción», 2008/C 44/25, de 16 de febrero, el tratamiento favorable otorgado al gasóleo profesional, que en su día se recogió en el artículo 7 de la Directiva 2003/96/CE, se reguló de tal modo por considerarse que el mismo tenía una influencia importante en el precio del transporte de mercancías y, por extensión, en la libre circulación de las mismas en el interior del mercado de la Unión Europea. Consideramos que con los beneficios fiscales ofrecidos al gasóleo profesional durante los últimos años, consiguiendo un coste más bajo del transporte y reflejándose así el precio del carburante con menor intensidad en el precio del producto transportado, se ha reducido la conciencia de la necesidad de utilización de otros medios de transportes menos contaminantes como, por ejemplo, el marítimo o el ferrocarril.

³⁵ COM (2001) 370 final.

³⁶ Así, CHICO DE LA CÁMARA, GRAU RUIZ y HERRERA MOLINA entienden que, en general, en el ámbito de la tributación medioambiental, «debería considerarse una reducción gradual de ciertos beneficios fiscales con el fin de garantizar que

imposición sobre el consumo energético general, por ejemplo, para el caso de los productos energéticos y la electricidad utilizados para el transporte de pasajeros y mercancías por ferrocarril, metro, tranvía y trolebús; y (ii) de otro, limitando la posibilidad de aplicar las mismas sobre el gas natural y el GPL utilizados como carburante hasta el 31 de diciembre de 2023, por no tratarse de una fuente de energía renovable y ante la necesidad de aumentar la cuota de mercado de estas últimas.

En este sentido, la propuesta señala también la existencia de una cierta incoherencia en el tratamiento de algunos sectores del mercado único o interior como, por ejemplo, la agricultura, al permitir el artículo 15 a los Estados miembros la posibilidad de aplicar un tipo impositivo cero a los productos energéticos y a la electricidad utilizados en labores agrarias, piscícolas y silvicultu- ra. Si llegara a operarse la modificación en la Directiva, a partir de la entrada en vigor de la misma, se vincularía esta posibilidad a la consecución de avances en el campo de la eficiencia energética equivalentes a los que se habrían obtenido de haberse aplicado el tipo mínimo señalado por la Directiva.

Por último, y estrechamente relacionado con la problemática del IVMDH, como a continuación tendremos ocasión de señalar, se concede a España y a Francia la posibilidad de imponer tipos más altos sobre el consumo energético general en algunas partes de su territorio para facilitar la autonomía financiera de sus comunidades autónomas, siempre que se garantice que no se obstaculiza el funcionamiento del mercado único o interior. En concreto, y en lo que a nuestro país se refiere, se prevé que el artículo 18 permita que España pueda disponer que los niveles de imposición sobre el consumo energético general aplicados por las comunidades autónomas sean superiores a los niveles nacionales de imposición correspondiente, con la limitación de que el tipo aplicado por las mismas no supere el nivel de imposición que corresponda en más del 15 por 100.

Ya en su momento, las Leyes 16/2010 a 30/2010, de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a las diferentes comunidades autónomas de España y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión ³⁷, recogieron, en sus preámbulos, el compromiso del Gobierno, en el marco del actual procedimiento de la Comisión sobre el IVMDH, a proponer la modificación de la Directiva 2003/96/CE del Consejo, para que, si fuera necesario, pudiera sustituirse este impuesto por suplementos autonómicos de tipos sobre determinados productos sujetos al Impuesto sobre Hidrocarburos.

En este contexto, consideramos que la Comisión ha decidido no enviar el caso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en previsión de la publicación de la propuesta de modificación de la Directiva 2003/96/CE, y ante la necesidad de contar con el apoyo de España al aprobarse las disposiciones sobre armonización fiscal mediante la regla de la unanimidad ³⁸ y que, por tanto, la

aquellos que se mantienen se dirigen efectivamente a lograr objetivos expresamente anunciados» («Incentivos a las energías alternativas como instrumento de desarrollo sostenible», en *Quincena Fiscal*, n.º 2, 2003, págs. 9 y ss.).

³⁷ Leyes estas que se promulgaron para adecuar el régimen jurídico de las diferentes comunidades autónomas al nuevo régimen general de tributos cedidos contemplado en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

³⁸ En materia tributaria, esencialmente en el ámbito de la armonización fiscal de la Unión Europea, el poder de decisión reside esencialmente en el Consejo y no en el Parlamento Europeo y, dentro de aquel, las disposiciones sobre armoniza-

finalidad de este inciso no es otra que el aumento de la autonomía financiera de las comunidades autónomas, «conformando» así a España para que opte por retirar el IVMDH del ordenamiento jurídico español.

Aún así, la Directiva mantiene cierta flexibilidad al seguir permitiendo a los Estados miembros la posibilidad de no aplicar un único impuesto sobre el consumo de energía, dejando a estos la posibilidad de determinar la técnica impositiva adecuada para alcanzar el nivel mínimo de imposición exigido, con lo que, y hasta que el TJUE no se pronuncie, esta regulación no sería, en principio, incompatible con el mantenimiento del IVMDH, aunque todo indique, según se desprende, como ya hemos señalado arriba, de lo establecido en las Leyes 16/2010 a 30/2010, que la intención de España sea la eliminación del mismo si llegara a operarse la modificación. En este sentido, la propuesta prevé que la Directiva, en su artículo 4, entienda por nivel de imposición la carga total que representa la acumulación de todos los impuestos (a excepción, claro está, del IVA) en lo que se refiere a la imposición relacionada con el CO₂ y sobre el consumo energético en general, en el momento de su puesta a consumo, respectivamente.

4. POSIBLES LÍNEAS DE ACTUACIÓN

Como ya se señaló en su momento en el Libro Verde de la Comisión –*Hacia una estrategia de seguridad del abastecimiento energético*– la falta de armonización de la fiscalidad de la energía puede generar distorsiones de la competencia entre los distintos Estados miembros³⁹. Por lo tanto, es evidente que se hace necesario lograr una mayor convergencia entre los tipos aplicables en los distintos Estados miembros con el fin de reducir el falseamiento de la competencia y el fraude.

Con la propuesta de Directiva del Consejo por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de enero de 2013 –con independencia de que para algunas cuestiones exista un periodo transitorio hasta 2023, debido a las importantes diferencias existentes entre los tipos aplicados a los distintos carburantes en varios Estados miembros–, se pretende, además de la inyección de recursos en las arcas públicas de los distintos Estados miembros y, por extensión, un aumento de los fondos públicos de la

ción fiscal se aprueban mediante la regla de la unanimidad. El artículo 113 del TFUE (antiguo art. 93 TCE) señala que «el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia». De esta forma, el Ministro de Economía y Hacienda de cada Estado miembro debe manifestar el consentimiento de su Estado para que se apruebe una disposición de armonización fiscal. Para CALVO ORTEGA la unanimidad tiene tanto una vertiente positiva, al suponer una garantía para los países más pequeños y débiles, como una negativa, al dotar de una gran rigidez a los cambios que se quieran introducir («Fiscalidad y crisis financiera en la Unión Europea», en *Quincena Fiscal*, n.º 18, 2011, págs. 15 y ss.).

³⁹ COM (2000) 769 final, de 29 de noviembre. Así, en dicho texto se razona como la falta de armonización de la fiscalidad de la energía puede implicar que un Estado miembro que desea introducir un impuesto sobre un producto energético se vea condicionado a si dicho producto no es gravado de forma análoga en un país vecino, por temor al traslado de su tejido productivo a un país con un nivel de tributación menor.

Unión Europea, al constituir ciertos ingresos con base en el IVA un recurso propio de esta, incluyéndose el importe de este gravamen en la base imponible del mismo ⁴⁰, entre otros objetivos, una mayor contribución a la consecución de los objetivos del Protocolo de Kyoto, mediante un aumento de la protección medioambiental, por ejemplo, a través de la creación de un marco adaptado a la fiscalidad de las energías renovables. Así, entendemos que se hace necesario que la auténtica imposición ambiental discrimine según el potencial contaminante de las diferentes fuentes de energía ⁴¹.

En definitiva, la propuesta pretende la actualización de una Directiva obsoleta, incoherente con el objetivo primordial de prevenir las distorsiones de la competencia en el sector energético dentro del mercado único o interior y poco eficaz en cuanto a protección del medio ambiente se refiere ⁴². Como ya señalara SACCHETTO, aunque la armonización no implique una unificación en sentido estricto, sí que se hace necesaria la eliminación de las divergencias más graves ⁴³.

Pese a que, en líneas generales, consideramos que esta propuesta ha supuesto un avance en el camino trazado por la Unión Europea en la tributación de la energía, nos quedan dudas, por ejemplo, acerca de la finalidad de la previsión de la posibilidad de aplicación de un tipo diferenciado a las diferentes comunidades autónomas de España e, incluso, de la compatibilidad de la misma con el artículo 3 del TUE por el que se establece un mercado único o interior en el seno de la Unión Europea, por considerar que puede implicar una distorsión de la competencia ⁴⁴.

En este punto, y teniendo serias dudas acerca de si la propuesta llegara a entrar en vigor, ante la dificultad de conseguir la unanimidad de todos los Estados miembros, por ser, como ya señalara ROMOLI-VENTURI, la fiscalidad uno de los mecanismos tradicionales a través del cual se ejercita la soberanía de los Estados miembros ⁴⁵, y al menos hasta el 1 de enero de 2013, fecha prevista para la

⁴⁰ Regulado en la Decisión del Consejo, 2007/436/CE, de 7 de junio, sobre el sistema de recursos propios de las Comunidades Europeas.

⁴¹ Según RODRÍGUEZ LUENGO, hasta el momento, el Impuesto sobre Hidrocarburos es un «tributo ambiental impuro: grava los hidrocarburos y no las emisiones de dióxido de carbono que se derivan de su combustión» («El Impuesto Especial sobre los Hidrocarburos y el medio ambiente», en *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 6, 2004, pág. 14).

⁴² Tal y como se expuso en la comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo –*Una política energética para Europa*–, COM (2007) 1 final, de 10 de enero, el objetivo de la política europea es triple: (i) luchar contra el cambio climático, (ii) limitar la vulnerabilidad exterior de la Unión Europea frente a la importación de hidrocarburos y (iii) promover el crecimiento y el empleo, garantizando así una energía a buen precio y de abastecimiento seguro en beneficio del consumidor.

⁴³ Cfr. SACCHETTO, C.: «L'armonizzazione fiscale nella Comunità Europea», en *Diritto e Pratica Tributaria*, vol. LX, 1989, pág. 281. En línea similar, según CASADO OLLERO, «no se pretende una absoluta identidad normativa de los Estados miembros, sino que la movilidad de personas, bienes, servicios y capitales en la Comunidad, no se vea obstaculizada por las divergencias existentes entre las reglamentaciones nacionales» («La supresión de las fronteras fiscales en la CEE y el futuro de la armonización IVA», en *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho Presupuestario europeo*, Granada, Ediciones TAT, 1987, pág. 182).

⁴⁴ Siguiendo a ÁLVAREZ GARCÍA y JORGE GARCÍA-INÉS podemos afirmar que «la cesión de competencias normativas para regular los tipos impositivos no es compatible con la normativa europea porque daría lugar a la existencia de tipos distintos dentro de un Estado miembro para un mismo producto sujeto a accisas armonizadas en función del lugar donde se realizara la operación», pudiendo tener esto efectos perjudiciales para la libre circulación de mercancías y para el buen funcionamiento del mercado único o interior («Una valoración del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos», en *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 20, 2007, pág. 12).

⁴⁵ Cfr. ROMOLI-VENTURI, G.: «Breve storia di quindici anni di lavori nel campo dell'armonizzazione delle imposte della Comunità Europea», en *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, vol. XXXIII, parte I, 1974, pág. 420). En

entrada en vigor de la misma, consideramos que España debe operar una serie de cambios en la regulación actual del Impuesto sobre Hidrocarburos contenida en la Ley 38/1992 ⁴⁶. Algunas propuestas de *lege ferenda* podrían ser las que señalamos a continuación.

Consideramos que el mantenimiento del IVMDH pone en peligro la armonización fiscal en materia de imposición indirecta y, con ello, la consecución de los objetivos del mercado único o interior. Por tal motivo, entendemos que este impuesto debe desaparecer del panorama legislativo español, tanto si llega a hacerse operativa la modificación de la Directiva 2003/96/CE, pues se vería garantizada así la mayor corresponsabilidad fiscal ofrecida a las comunidades autónomas con la alternativa prevista en la propuesta, como si no llega a entrar en vigor, ya que en este caso se podría proceder a un aumento del tipo de gravamen aplicable sobre los combustibles fósiles más contaminantes en la Ley 38/1992, que beneficiaría igualmente a las comunidades autónomas, pues este impuesto se encuentra parcialmente cedido a las mismas ⁴⁷.

En otro orden de ideas, y ante la previsión de que el beneficio fiscal otorgado a los biocarburantes expire el 31 de diciembre de 2012, y con independencia de que, en caso de que se consiguiera la unanimidad para la aprobación de la propuesta, el 1 de enero de 2013 entrará en vigor la modificación de la Directiva 2003/96/CE, al estar previsto el mantenimiento del artículo 16 de la Directiva 2003/96/CE, que permite la aplicación de una exención o un tipo reducido para los mismos, hasta el 31 de diciembre de 2023, entendemos que, para facilitar el desarrollo de estos, se debería llevar a cabo un esfuerzo por parte del legislador español, sobre la base jurídica de las Directrices comunitarias en favor del medio ambiente de 2008 ⁴⁸ que facultan a nuestro país a que, una vez llegado a término el beneficio fiscal vigente actualmente, mediante una reevaluación de las circunstancias que podrían aconsejar la continuidad de dicho régimen fiscal, se pudiera otorgar por otro periodo de 10 años, prorrogable igualmente a su fin, una reducción del tipo impositivo a los biocarburantes, de tal forma que las gasolinas y gasóleos convencionales siguieran tributando a los niveles fijados por parte del legislador español y los biocarburantes lo hicieran al nivel mínimo establecido por la Unión, reduciendo así la desventaja en costes que presentan estos productos.

Esta rebaja podría ser compensada, por ejemplo, con un aumento efectivo, o un incremento de los supuestos de tributación efectiva, en la imposición sobre el carbón, materia imponible que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, es resultado como tal de la armonización fiscal en la Unión Europea, pero que tiene un carácter, casi se podría decir, meramente testimonial al quedar sin grava-

este sentido, GUTIÉRREZ LOUSA considera que «algunos Estados desean mantener sus estructuras fiscales en cuanto manifiestan sus especificidades de filosofía económica y social» («Tendencias de la política tributaria en la Unión Europea», en *Información Comercial Española*, ICE: *Revista de Economía*, n.º 835, 2007, pág. 162).

⁴⁶ Para CORDINI es tal la dimensión y entidad de la cuestión ecológica que la acción comunitaria es insuficiente si no encuentra correspondencia con el compromiso de los Estados miembros [«Ambiente (tutela dell') nel Diritto delle Comunità Europee», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, 1987, pág. 207].

⁴⁷ A día de hoy, el Impuesto sobre Hidrocarburos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, en su redacción dada por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, puede ser cedido a las comunidades autónomas con carácter parcial con el límite máximo del 58 por 100.

⁴⁸ 2008/C 82/01.

men efectivo en la práctica en la mayoría de los casos. Sin desconocer la problemática de la minería del carbón en determinados países de la Unión Europea, especialmente en el nuestro, es evidente que dicho elemento energético es susceptible de sustitución por otras energías menos contaminantes. Es una manifestación más del eterno equilibrio entre los intereses económicos de los Estados miembros y la protección del medio ambiente.

En otro orden de ideas, y ante la previsión de la modificación de los tipos de gravamen que gravan la gasolina y el gasóleo de forma que en 2018 el tipo de gravamen del gasóleo quede incluso por encima del aplicable a la gasolina, nos planteamos la cuestión de si se debería proceder por parte del legislador nacional a una equiparación gradual de los tipos de gravamen de ambos productos. Podemos afirmar, en cuanto a vehículos particulares se refiere, que el poder contaminante de la gasolina frente al gasóleo es mayor⁴⁹. Además, los vehículos industriales y los de transporte pesado –camiones– y de pasajeros –autobuses– solo existen en su versión diésel. Si bien es cierto que el gasóleo emite sustancias contaminantes que la gasolina no emite, esta última emite más CO₂ (g/km) que el gasóleo. Entonces, si el parámetro, según Kyoto, es esencialmente la reducción de las emisiones de CO₂, entendemos que el incremento de la carga fiscal del gasóleo sobre la gasolina potenciaría los vehículos particulares de gasolina, con lo que se emitiría más CO₂ y sería más difícil alcanzar los objetivos de dicho Protocolo. Un vehículo particular de gasolina de una determinada potencia consume más litros de combustible y emite más CO₂ que otro vehículo particular diésel de la misma potencia, al margen de que este último pueda emitir otras partículas contaminantes. De ahí el peligro de castigar fiscalmente el gasóleo. Esto implicaría unas mayores emisiones de CO₂ por los particulares. Además, al existir los vehículos industriales y de mayor volumen solo en su versión diésel, una subida de la carga fiscal del gasóleo supondría una rémora para la actividad industrial que haría a Europa, aún más difícil, la salida de la crisis.

En definitiva, y una vez presentadas nuestras propuestas, deberíamos plantearnos si los diferentes Estados miembros tendrían que ir adoptando las medidas necesarias para ajustar sus legislaciones a las directrices marcadas por la Unión Europea en la materia para que, en el caso de que se produjese la reforma, la modificación a llevar a cabo no fuera excesivamente complicada. En cierto modo esta forma de actuar ya se dio en España con el Impuesto sobre la Electricidad. Su introducción en el sistema tributario español se produjo con la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con efectos desde el 1 de enero de 1998. Sin embargo, su aplicación obligatoria para los Estados miembros de la Unión Europea no se produjo, según lo dispuesto en el artículo 28.1 de la Directiva 2003/96/CE, hasta el 31 de diciembre de 2003. De hecho, en el preámbulo de la citada Ley 66/1997 se podía leer literalmente «se introduce una nueva figura, el Impuesto sobre la Electricidad (...) la creación de este Impuesto permitirá la adaptación a la propuesta de Directiva comunitaria por la que se reestructura la imposición de los productos energéticos».

⁴⁹ Así, por ejemplo, consultando el catálogo disponible en www.volkswagen.es (edición: enero 2011) podemos observar como para un mismo modelo de coche (Golf con motor de 105 CV –77 kW–) la versión de gasolina tiene unas emisiones combinadas de CO₂ (g/km³) de 134, frente a los 107 de la versión diésel. Consultando el catálogo de www.seat.es (edición: noviembre 2011) observamos también como para el mismo modelo de coche (Ibiza con motor de 105 CV –77 kW–) las emisiones combinadas de CO₂ (g/km³) son mayores para la gasolina (124) que para el diésel (109). De forma similar, puede consultarse cualquier otra marca en el mismo sentido.

Con el Impuesto sobre la Electricidad, se estableció un impuesto en España antes de estar armonizado, es decir, antes de que existiese una directiva que lo estableciese como obligatorio. Incluso el preámbulo de la ley que lo estableció justificaba tal adelanto para ir «acostumbrando» nuestro sistema fiscal a lo que años después sería irremediable. Pero se trataba simplemente de establecer un impuesto que sería legítimo en la Unión Europea aunque no hubiese estado armonizado. El problema podría estar en que no se pudiese adaptar un impuesto ya armonizado, como es el caso del Impuesto sobre Hidrocarburos regulado en la Ley de Impuestos Especiales, a ciertas directrices aún no aprobadas por la Unión Europea, es decir, pendientes de armonización efectiva; esto salvo en lo que se refiere a la elevación de las tarifas del Impuesto Especial sobre los Hidrocarburos y a la eliminación del IVMDH. ¿Podrían los Estados ir más allá en la reestructuración de la imposición sobre la energía? Seguramente hasta que no existiera una directiva que lo amparase, lo que se estaría consiguiendo es contravenir lo dispuesto en la normativa vigente en la Unión Europea si, a través de dicha modificación, se alterase, más allá de una mera subida de tipos, algún elemento esencial de la estructura del Impuesto sobre Hidrocarburos.

Además, podemos plantearnos la habitual siguiente cuestión: ¿se aprobará la nueva Propuesta de Directiva? En esta materia lo normal es que muchas propuestas no lleguen a adoptarse de forma definitiva y es más, en este sentido, entendemos que solo la vorágine impositiva para reducir el déficit jugaría a favor de una aprobación en este caso. Frente a los deseos alemanes y franceses de cambio del Derecho Originario de la Unión Europea en materia financiera y fiscal, en esta última sigue rigiendo la regla de la unanimidad de cara a la armonización fiscal, lo cual la dificulta grandemente, sin perjuicio de ser realmente una garantía para las opciones de política económica de muchos Estados miembros.

Al final, de aprobarse la referida propuesta de Directiva, ello conllevaría, por vía del Derecho de la Unión Europea, un sistema fiscal menos progresivo, con un cada vez mayor peso de la imposición indirecta frente a la directa y, así, mucho menos justo, ante aparentes objetivos extrafiscales difícilmente creíbles a estas alturas de la evolución de la fiscalidad ambiental.

Bibliografía

- ALONSO GONZÁLEZ, L.M. [1995]: «Los impuestos especiales como tributos medioambientales», en *Derecho del medio ambiente y Administración Local*, coord. por ESTEVE PARDO, J., Madrid, Civitas, págs. 651-669.
- ÁLVAREZ GARCÍA, S. y JORGE GARCÍA-INÉS, M. [2007]: «Una valoración del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos», en *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 20.
- BÁEZ MORENO, A. y RUIZ ALMENDRAL, V. [2007]: «La tributación mínima sobre la energía en la Unión Europea: entre las exigencias del mercado único y los principios de justicia tributaria», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 268, págs. 13-41.

- BORRERO MORO, C. [2010]: «La necesaria reconversión del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos en el marco del nuevo sistema de financiación autonómico», en *Crónica Tributaria*, n.º 137, págs. 67-91.
- CALVO ORTEGA, R. [2011]: «Fiscalidad y crisis financiera en la Unión Europea», en *Quincena Fiscal*, n.º 18, págs. 15-28.
- CARBAJO VASCO, D. [2010]: «Sobre el concepto de tributo medioambiental. A vueltas con un viejo tema», en *Boletín de Actualidad Crónica Tributaria*, n.º 5, págs. 11-16.
- CASADO OLLERO, G. [1987]: «La supresión de las fronteras fiscales en la CEE y el futuro de la armonización IVA», en *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho Presupuestario europeo*, Granada, Ediciones TAT, págs. 175-236.
- CAYÓN GALIARDO, A.; FALCÓN Y TELLA, R. y DE LA HUCHA CELADOR, F. [1990]: *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el sistema tributario español: incidencia y convergencia*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
- CHICO DE LA CÁMARA, P. [2004]: «Límites a la fiscalidad ambiental a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 237, págs. 31-45.
- CHICO DE LA CÁMARA, P.; GRAU RUIZ, M.A. y HERRERA MOLINA, P.M. [2003]: «Incentivos a las energías alternativas como instrumento de desarrollo sostenible», en *Quincena Fiscal*, n.º 2, págs. 9-30.
- Comisión para el estudio y propuesta de un nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas aplicable a partir de 2002 [2002]: *Informe sobre la reforma del sistema de financiación autonómico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- CORDINI, G. [1987]: «Ambiente (tutela dell') nel Diritto delle Comunità Europee», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, pág. 193-209.
- DEKETELAERE, K. [1996]: «European environmental tax policy: proposal for a policy vision and a legal framework», en *European Environmental Law Review*, January, págs. 9-15.
- FICHERA, F. [1997]: «L'armonizzazione delle accise», en *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, vol. LVI, parte I, págs. 216-258.
- GALÁN SÁNCHEZ, R.M. [2006]: «Los elementos de cuantificación del Impuesto sobre Hidrocarburos a la luz de la normativa comunitaria», en *Estudios sobre la fiscalidad de la energía y desarrollo sostenible*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, págs. 57-76.
- GUTIÉRREZ LOUSA, M. [2007]: «Tendencias de la política tributaria en la Unión Europea», en *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, n.º 835, págs. 153-172.
- HERRERA MOLINA, P.M. [2000]: *Derecho Tributario Ambiental. La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario*, Madrid, Marcial Pons.
- LUCHENA MOZO, G.M. [2003]: «Fiscalidad de la energía», en *Crónica Tributaria*, n.º 108, págs. 23-101.
- [2003]: «Fiscalidad y medio ambiente», en *Nueva Fiscalidad*, n.º 5, págs. 9-82.
- ORTIZ CALLE, E. [2011]: «La adhesión de España a las instituciones europeas y su incidencia en la protección fiscal del medio ambiente», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 315, págs. 85-97.
- [2004]: «Límites y posibilidades de una imposición sobre los hidrocarburos orientada a la protección del medio ambiente», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 234, págs. 59-72.
- PERRONE CAPANO, R. [1994]: «L'imposizione e l'ambiente», en *Tratatto di Diritto Tributario*, vol. I, tomo I, dirigido por AMATUCCI, A., Padova, CEDAM, págs. 449-514.
- RAPONI, D. [1997]: «Common system for the taxation of energy products», en *EC Tax Review*, n.º 2, págs. 121-123.

- RODRÍGUEZ LUENGO, J. [2004]: «El Impuesto Especial sobre los Hidrocarburos y el medio ambiente», en *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 6.
- ROMOLI-VENTURI, G. [1974]: «Breve storia di quindici anni di lavoro nel campo dell'armonizzazione delle imposte della Comunità Europea», en *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, vol. XXXIII, parte I, págs. 419-450.
- SACCHETTO, C. [1989]: «L'armonizzazione fiscale nella Comunità Europea», en *Diritto e Pratica Tributaria*, vol. LX, págs. 281-290.
- [1982]: «La politica fiscale della CEE e le prospettive dell'armonizzazione fiscale», en *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, n.º 1, págs. 799-810.
- SERRANO ANTÓN, F. [1995]: «Medidas tributarias medioambientales: la "Ecotasa de la Unión Europea"», en *Derecho del medio ambiente y Administración Local*, coord. por ESTEVE PARDO, J., Madrid, Civitas, págs. 793-810.
- VERRIGNI, C. [2003]: «Le accise», en *Lo stato della fiscalità nell'Unione Europea: l'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, coord. por DI PIETRO, A., tomo I, Bologna, Scuola di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza, págs. 487-503.

LA CONCURRENCIA DE ÁNIMO DEFRAUDATORIO NO ES NECESARIA EN LA APLICACIÓN DE UNA NORMA ANTIELUSORIA. ANÁLISIS DE LA RECIENTE INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

FERNANDO MARTÍN BARAHONA

Técnico de Hacienda

Extracto:

ANTE la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Auto de 6 de octubre de 2010, asunto n.º C-487/09, a la decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en su Auto, de 24 de septiembre de 2009, recurso n.º 153/2005, hay que estimar que el artículo 108.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, no da opción alguna a la posibilidad de valorar la concurrencia o no del ánimo tendencial de encubrir una transmisión de inmuebles a través de una operación de adquisición de valores mobiliarios, al prever la aplicación del gravamen del Impuesto sobre Transmisiones a toda clase de operaciones de valores mobiliarios que cumplan las dos circunstancias previstas en la citada norma. Así lo han recogido las últimas sentencias del Tribunal Supremo a las que se hace mención en este artículo.

Palabras clave: transmisión de valores, Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales Onerosas, cláusula antievasión y ánimo defraudatorio.

INTENTION TO DEFRAUD IS NOT REQUIRED FOR THE APPLICATION OF AN ANTI-CIRCUMVENTION CLAUSE. ANALYSIS OF THE RECENT TRIBUNAL SUPREMO INTERPRETATION OF ARTICLE 108 OF THE LAW OF SECURITIES MARKET

FERNANDO MARTÍN BARAHONA

Técnico de Hacienda

Abstract:

In the reply given by the Court of Justice of the European Union, in its order of October 6th, 2010, issue n.º C-487/09, the preliminary ruling from the Tribunal Supremo in its order of September 24th, 2009, appeal n.º 153/2005, estimate that art. 108.2 Law 24/1988 of 28 July, Stock Market, does not give any option to consider the possibility of the existence or not it intends to cover a transfer of property through an acquisition of securities, as it provides for implementation of Transfer Tax levy to all types of securities transactions that meet two conditions under the rule. This has been stated in its recent judgments the Tribunal Supremo to those mentioned in this article.

Keywords: transfer of securities, Onerous Property Transfer Tax, anti-circumvention clause and intention to defraud.

Sumario

1. Cláusula antielusoria.
2. Debate doctrinal.
3. Tribunal Supremo.
4. Conclusión.

1. CLÁUSULA ANTIELUSORIA

El conocido artículo 108 de la Ley 29/1988, de 28 de junio, del Mercado de Valores, establece con carácter general la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, para las transmisiones de valores de entidades mercantiles. No obstante, procede aplicar este último gravamen en aquellos casos en que el activo de la entidad se encuentre formado en su mayoría por activos inmobiliarios.

Para sujetar estas transmisiones a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas es necesario que se produzca alguna de estas dos situaciones:

1. Por una parte, que los valores o participaciones transmitidos o adquiridos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición tal que le permita ejercer el control sobre tales entidades. Tratándose de sociedades mercantiles se entiende obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100.

El artículo matiza que, a los efectos del cómputo de este porcentaje del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles, no se tienen en cuenta aquellos, salvo los terrenos y solares, que formen parte del activo circulante de las entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria.

2. Cuando los valores transmitidos hayan sido recibidos por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución o ampliación de sociedades, o la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de tres años.

En caso de cumplirse cualquiera de las dos situaciones anteriores, la compraventa de valores o participaciones estaría sujeta al tipo correspondiente a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas previsto para las transmisiones de bienes inmuebles. Este tipo puede oscilar, según la comunidad autónoma de ubicación de los inmuebles, entre el 6,5 por 100 de Canarias, y el 10 por 100 de Andalucía, Asturias o Extremadura.

La base imponible sobre la que se aplicaría el tipo de gravamen vendría determinada por el valor real de los bienes calculado de acuerdo con las reglas contenidas en la normativa vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En definitiva, **el artículo 108 se configura como una norma cautelar** que trata de evitar que la transmisión de inmuebles bajo la apariencia de una transmisión de valores escape de la sujeción a

Transmisiones Patrimoniales Onerosas, al incluir, tras el establecimiento de una exención de carácter general para las transmisiones de valores en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en Transmisiones Patrimoniales, no el gravamen de las transmisiones de los valores, sino un supuesto de hecho que determina el devengo de esta última modalidad impositiva en los casos excepcionales de las exenciones previstas en ese precepto.

En la propia exposición de motivos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, se explica la justificación del artículo 108 señalando que con la finalidad de atender la propuesta de la Directiva de la Comunidad Económica Europea relativa a los impuestos indirectos sobre las transacciones de valores, la exención prevista en el Impuesto sobre el Valor Añadido para las operaciones sujetas al mismo se hace extensiva al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. **Se pretende con este artículo**, de acuerdo con lo previsto en la citada propuesta de Directiva, **salir al paso de la elusión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la transmisión de bienes inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias.**

Se regula, en fin, la obligación de información a la Administración tributaria de las operaciones sobre emisión, suscripción y transmisión, ya prevista por otros cauces en normas anteriores, pero que ahora se ve afectada por los principios de esta ley; y se dispone la extensión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de régimen fiscal que la legislación vigente atribuye al Banco de España.

Esta ley tiene en cuenta los antecedentes legislativos, ya que el artículo 40 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, introdujo en nuestro sistema tributario medidas, entre otras, las de lucha contra la elusión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales mediante la interposición de sociedades, precedente de gran valor también para la interpretación del posterior artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, que sustituyó al citado artículo 40 de la Ley 50/1977.

2. DEBATE DOCTRINAL

La aplicación automática de la modalidad impositiva de Transmisiones Patrimoniales Onerosas a las operaciones descritas en el artículo 108 ha sido cuestionada de forma reiterada por **la doctrina fiscal**, al considerar que **se trata de una norma antielusoria que no debería ser aplicada cuando está claro que no existe voluntad de eludir impuesto alguno** como, por ejemplo, cuando lo que se transmite son participaciones en entidades que, aun teniendo un activo mayoritariamente integrado por inmuebles, son plenamente operativas.

En nuestra jurisprudencia interna existen algunos precedentes en que **se ha considerado no procedente aplicar Transmisiones Patrimoniales Onerosas cuando no existe ninguna intención de eludir dicha modalidad impositiva**. Es el caso, por ejemplo, de la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Granada, número 579/2008, de 29 de septiembre (NFJ032020)**, que se basa en una interpretación restrictiva del concepto de inmueble para concluir que Transmisiones Patrimoniales Onerosas no es aplicable a la adquisición de acciones de un matadero, a través de la que se obtiene el control efectivo de la empresa, para el desarrollo de la actividad empresarial que les es propia.

En su Fundamento de Derecho Segundo establece que «No tiene duda de que, con su mandato, el precepto (art. 108 de la LMV) ha pretendido evitar las transmisiones onerosas de bienes inmuebles encubiertas a través de la adquisición de títulos valores de sociedades que ostentaban la titularidad de dichos inmuebles, señalándose como ejemplo característico de las mismas, a las sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes, sin que siendo ese el caso paradigmático que el precepto pretendía combatir, haya que entenderlo como el único expositivo de su posible aplicación. Solo, bajo esta perspectiva, se comprenden los dos requisitos apuntados en el precepto señalado para lograr su eficacia respecto a la realización de ese tipo de operaciones, por un lado, que el patrimonio de la sociedad sea eminentemente inmobiliario, de otro, que a resultas de la transmisión de sus títulos valores el adquirente de los mismos consiga el control efectivo de la sociedad.»

El Fundamento de Derecho Tercero añade: **«Del examen de los hechos que se acompañan a los autos, claramente se desprende que cuando el demandante adquiere participaciones de la entidad (...) en proporción superior a la mitad de su capital social, no lo hace pretendiendo el apoderamiento del patrimonio inmobiliario de la sociedad con el que, posteriormente, poder especular, sino, a lo sumo, intentando el control de una empresa cuya actividad es la de matadero industrial. Con la enajenación de tales títulos no se quiere llevar a cabo la transmisión encubierta de un patrimonio inmobiliario, sino de una empresa que se dedica, como se ha dicho, a matadero de animales; no existe afán especulativo distinto a la progresión en el desarrollo de esa actividad empresarial, de tal suerte que, de aplicarse como pretende la Administración, los términos del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores puesto en relación con lo establecido en el artículo 17.2 del texto refundido del impuesto que se está considerando al caso enjuiciado, quedaría sometida a gravamen la transmisión de una empresa por consideración a los inmuebles de los que es titular, de donde, claramente, se aprecia que la finalidad del precepto ha quedado totalmente desvirtuada, o dicho de otro modo, sus términos se han atraído para aplicarlos a una realidad inexistente o no prevista en ellos. Hay que entender, por ello, que con el control efectivo de la empresa por el demandante, no se ha pretendido la adquisición de sus terrenos y edificaciones, sino proseguir en el desarrollo de una actividad empresarial por completo ajena a la especulación inmobiliaria.»**

La sentencia concluye que **cuando se ha de acudir a interpretaciones forzadas de lo que el sentido común entiende por bien inmueble, se desnaturalizan los fines de la norma y se transforma en injusta en su aplicación. Se realiza un examen con relación al matadero, y se determina que la adquisición de acciones no tiene un destino inmobiliario. Por ello, entiende que nos hallamos ante un supuesto de exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su modalidad de transmisiones onerosas, que no encaja en la excepción prevista a la exención reconocida en el artículo 17.2 de su texto refundido.**

En un sentido similar se pronuncia la Sentencia del **Tribunal Superior del Justicia de la Región de Murcia, número 738/2008, de 29 de julio** (NFJ046236), que a través de una «interpretación conforme a la finalidad de la ley» llega a la conclusión de que no se aplica Transmisiones Patrimoniales Onerosas en el supuesto de transmisión de acciones de una sociedad cuyo objeto social es la prestación de servicios de pompas fúnebres y explotación de un tanatorio y dicha sociedad continúa prestando su actividad con posterioridad a la transmisión, ya **que no parece que pueda mantenerse que el motivo de la transmisión sea el de encubrir una transmisión de inmuebles.**

Por el contrario, otros Tribunales Superiores han considerado que la aplicación de Transmisiones Patrimoniales Onerosas no puede evitarse aun en el caso de probar que no existe ánimo defraudatorio. Este es el caso que se resuelve por la Sentencia del **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, número 608/2004, de 28 de mayo (NFJ017338)**, en la que establece que **la finalidad de la norma está encaminada a evitar conductas fraudulentas, pero ello no implica que pueda evitarse su aplicación mediante la prueba de inexistencia de ánimo defraudatorio.**

En el Fundamento de Derecho Cuarto establece que «ninguna presunción de fraude puede considerarse consagrada tampoco por el precepto que ahora se trata, que, según se verá, contaba ya con precedentes y que de forma distinta, aun **con la finalidad de evitar la utilización fraudulenta de la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido de las transmisiones de títulos societarios, se limita a ofrecer a algunas de ellas un tratamiento diverso, sometiéndolas a tributación por otro tributo y ello, exista o no fraude, con la evidente y razonable finalidad de ajustar aquel tratamiento legislativo al verdadero trasfondo sustantivo de tales operaciones**, que no es otro que el de la materialización a través de ellas de cambios en la titularidad de bienes inmuebles, aunque esos cambios sean indirectos, producidos a través de la transmisión de las acciones o participaciones de las entidades jurídicas propietarias».

La naturaleza antielusoria del precepto ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en varias sentencias. A modo de ejemplo, puede citarse la emitida con fecha de 21 de enero de 2003, recurso número 618/1998 (NFJ014784), cuando establece que «las excepciones al sistema de exenciones tributarias en las transmisiones de valores previstas en el citado artículo 108 responden a la lucha contra el fraude fiscal y pretenden impedir que queden exentas operaciones que impliquen la adquisición del poder de control y disposición —en este caso— sobre el patrimonio inmobiliario de un grupo de sociedades.»

La sentencia resolvió no procedente aplicar la exención en Transmisiones Patrimoniales Onerosas puesto que al adquirir la sociedad «A» de la sociedad «B» el 100 por 100 de las acciones de las sociedades «C» y «D» adquirió, al menos de un modo indirecto, el 85 por 100 de las acciones que dichas sociedades «C» y «D» ostentaban en el capital social de «B» y, en consecuencia, la sociedad adquirente «A», que ya detentaba el 15 por 100 de las acciones de la citada sociedad «B», obtuvo con ello el poder de control y la disposición del patrimonio de las otras dos sociedades y, en consecuencia, de los inmuebles comprendidos en el mismo.

No obstante, **consciente de las dificultades que plantea la aplicación indiscriminada de este precepto**, el **Alto Tribunal** decidió plantear mediante **Auto de 24 de septiembre de 2009 (NFJ036259)**, **cuestión prejudicial** al Tribunal de Luxemburgo sobre la compatibilidad del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores con la Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969 (actualmente sustituida por la Directiva 2008/7/CE, de 12 de febrero), que prohibía en su artículo 11 a) el gravamen de la circulación de acciones, participaciones y títulos análogos, autorizando exclusivamente el artículo 12.1 a) a los Estados Miembros para percibir impuestos sobre la transmisión de valores mobiliarios.

El auto reconoce que el artículo 108.2 de la Ley 24/1988 no da opción alguna a la posibilidad de valorar la concurrencia o no del ánimo tendencial de encubrir una transmisión de

inmuebles a través de una operación de adquisición de valores mobiliarios, sino que, de modo automático, prevé la aplicación del gravamen del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales a toda clase de operaciones de valores mobiliarios que cumplan las dos circunstancias previstas, sin dejar la posibilidad de valorar la existencia del ánimo elusorio en las operaciones.

El Abogado del Estado sostiene que la norma es cautelar, y que no puede afirmarse que sea necesaria la existencia de un ánimo elusorio específico por parte del sujeto destinatario de la norma, pues esta lo que pretende es evitar un determinado resultado, con independencia del ánimo específico del agente, y esto es así porque «la norma prevista en el artículo 108 de la LMV para gravar determinadas transmisiones de valores que encubren transmisiones de inmuebles no pretende atajar conductas de elusión o evasión de impuestos, sino, simplemente, gravar tales transmisiones de valores como transmisiones de inmuebles, pues el objeto subyacente que realmente se transmite es un bien inmueble».

Se trataba de saber si la Directiva aplicable admite gravar la transmisión de valores mobiliarios de modo automático y general, como se deduce del texto literal de la norma española, artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, o únicamente en los supuestos de transmisión que en realidad encubren una operación de transmisión de todo o parte del patrimonio inmobiliario de una sociedad para eludir así el Impuesto sobre Transmisiones. Por ello, planteó las dos siguientes cuestiones:

- Si el artículo 12.1 a) de la Directiva admite gravar la transmisión de valores mobiliarios de modo automático y general, como se deduce del texto literal del artículo 108 de la Ley 24/1988 (Mercado de Valores), o únicamente en los supuestos de transmisión de todo o parte del patrimonio inmobiliario de una sociedad para eludir así el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas.
- **Si la normativa comunitaria permite que el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores pueda establecer un gravamen por la adquisición de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas y se transmitan títulos que desarrollan una contrastada actividad económica**, ya que la norma española no excluye de gravamen las transmisiones de valores que denotan la transmisión de un negocio en funcionamiento, al no atender a la finalidad de la operación, de igual manera que con independencia del ánimo elusorio la norma se aplica de forma automática cuando se incurre en el supuesto tipo.

Pues bien, a tal efecto, el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**, mediante **Auto de 6 de octubre de 2010**, asunto n.º C-487/09 (NFJ040281), resolvió que **la Directiva 69/335/CEE** (Impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales) y, más concretamente, sus artículos 11 a) y 12.1 a), **no se oponen a una norma como la establecida en el artículo 108.2 de la Ley 24/1988, incluso en los supuestos en que no haya habido intención de eludir el impuesto, aun tratándose de sociedades plenamente operativas y los inmuebles no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por dichas sociedades.**

Con esta resolución se confirma la plena validez de la norma española y la no necesaria concurrencia de ánimo defraudatorio a la hora de aplicar del citado precepto.

3. TRIBUNAL SUPREMO

Una vez emitido el citado auto, ¿qué es lo que ha resuelto el Tribunal Supremo? Pues a pesar de un pronunciamiento que luego indicaremos, **ha consolidado la doctrina de la no necesidad de concurrencia de ánimo defraudatorio a la hora de aplicar el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores.**

En primer lugar, podemos citar la **Sentencia de 12 de mayo de 2011, recurso número 2330/2008** (NFJ043293). El caso que da lugar a la resolución consiste en una transmisión de acciones de una mercantil por la que la entidad actora adquiere el 94,78 por 100 de su capital social, asumiendo, por tanto, una posición de control sobre la misma, es decir, la situación de dominio social que exceptúa la exención prevista en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores.

Resulta que el activo de la mercantil estaba constituido en más de un 50 por 100 por bienes inmuebles situados en territorio español, como demuestra el balance de situación de la entidad elaborado a la fecha de otorgamiento de la escritura de compraventa. En particular, los bienes inmuebles propiedad de esta mercantil, que no tenía por objeto social exclusivo el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria, representaban el 78,93 por 100 de su activo cuando la entidad actora adquirió sus acciones. De acuerdo con lo anterior, se cumplen los requisitos exigidos legalmente para que la operación de compraventa quedara gravada por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

La recurrente dedica todo su escrito de interposición a defender la exención de la adquisición de la partición indicada **porque en ningún caso intentó eludir el pago del tributo**, encubriendo una transmisión de inmuebles, sino, por el contrario, fortalecer su presencia en un sector como el de la gestión de residencias para personas mayores y discapacitadas.

Pues bien, el Alto Tribunal resuelve que no es óbice para la práctica de la correspondiente autoliquidación que se defienda —e insiste que no hay razón para dudar de ello— que no existe intención alguna de defraudar en la operación concertada, ya que la norma no recoge ninguna previsión al respecto. **El hecho de que con el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores se intente evitar el fraude no significa que siempre que dicho precepto se aplique lo sea partiendo de la premisa de que el mismo concurre, por lo que no es preciso que exista o se acredite tal elemento, siendo suficiente con que, como sucede en este caso, se cumplan los requisitos que la norma taxativamente establece.**

En la **Sentencia de 18 de octubre de 2011, recurso número 153/2005** (NFJ044778), emitida tras plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estima que **el artículo 108.2 de la Ley 24/1988, no da opción alguna a la posibilidad de valorar la concurrencia o no del ánimo tendencial de encubrir una transmisión de inmuebles a través de una operación de adquisición de valores mobiliarios, al prever la aplicación del gravamen del Impuesto sobre Transmisiones a toda clase de operaciones de valores mobiliarios que cumplan las dos circunstancias previstas en la citada norma.**

En el Fundamento de Derecho Tercero también expresa que la normativa comunitaria no distingue entre sociedades patrimoniales y sociedades que desarrollan una actividad económica, por lo

que hay que entender que, en principio, la ley no excluye de gravamen las transmisiones de valores que denotan la transmisión de un negocio en funcionamiento.

Estas dos sentencias suponen el reconocimiento y la consagración de la aplicación del precepto de forma automática en todos aquellos casos en que se produzcan las circunstancias detalladas en el mismo, y todo ello, con independencia de que se persiga o no eludir el pago de la modalidad impositiva de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

No obstante, como hemos adelantado, el mismo Alto Tribunal, en **Sentencia de 17 de octubre de 2011, recurso número 2619/2007** (NFJ044797) (es decir, un día antes de la mencionada anteriormente), emitió una solución totalmente distinta. Así, la sentencia se descuelga, y afirma todo lo contrario, al indicar que **es necesaria la concurrencia del ánimo defraudatorio para aplicar la excepción a la exención en Transmisiones Patrimoniales Onerosas prevista en el artículo 108.**

La operación que da lugar al fallo consiste en la adquisición de la totalidad de las acciones de una sociedad en cuyo activo se encuentra un inmueble junto a una serie de derechos de arrendamiento. Pues bien, la controversia se centra en la aplicación del valor real del inmueble o el uso del valor contable del mismo. Y el Alto Tribunal se decanta por estimar que a los efectos de la previsión jurídica vigente en el artículo 108, el resultado al que ha de atenderse no es sino el valor real del edificio transmitido, el cual, no alcanzaría el 50 por 100 del activo de la sociedad.

No resulta razonable, a juicio del Tribunal, que se compare el valor real de un elemento del activo con el valor teórico del conjunto del activo, de tal forma que el criterio de valoración de ambas magnitudes debe ser el mismo, un criterio que permita comparar el valor real del —en este caso— hotel, con el real del conjunto del activo, en el que tienen un papel relevante los derechos de explotación a largo plazo de un gran número de establecimientos hoteleros. Así, los contratos de arrendamiento en que se materializan suponen en un sector como el de la hostelería un altísimo valor intrínseco y de mercado, al constituir las plazas hoteleras el activo fundamental para operar en el mercado turístico, que constituyen un fondo de comercio. Y, si bien es cierto que conforme al principio de prudencia no se puede contabilizar, al no haberse puesto de manifiesto el fondo de comercio en una transmisión onerosa, sino tratarse de una generación interna del mismo, debe ser tomado en consideración para determinar el valor total del activo de cualquier sociedad que sea objeto de transmisión cuando esa transmisión se esté realizando a valores reales y no a valores contables, como es el caso. En definitiva, el Tribunal de instancia, incluyendo un fondo de comercio interno como parte integrante del activo de una sociedad a efectos del cómputo del porcentaje señalado en el artículo 108.2 de la Ley 24/1988 (Mercado de Valores) ha interpretado la norma conforme a Derecho, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

En su Fundamento de Derecho Primero establece que: «(...) no cabe olvidar que la norma citada —ello es reiterado tanto por la exposición de motivos de la Ley del Mercado de Valores como por la doctrina jurisprudencial emitida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Ejemplificativo de esta es la amplia STS, 3.^a, Sección 4.^a, de 30 abril 2004— tiene un objetivo antielusión (evitar la falta de pago de impuestos por la adquisición de bienes inmuebles que, en principio, están sujetos al ITP y AJD) objetivo que, de ningún modo, consta que se haya cumplido en el marco del proceso (...)».

A juicio del Tribunal resulta obvio que **con la citada operación no se ha pretendido adquirir ningún inmueble mediante una sociedad interpuesta de carácter instrumental, sino que la ope-**

ración se realizó por puros motivos empresariales y de estrategia de negocio absolutamente ajenos a la tributación de la operación: la intención no era en ningún caso la adquisición de un inmueble, sino que simplemente era la de adquirir acciones de una sociedad en funcionamiento dedicada al negocio de la hostelería, que no solo era arrendataria de un gran número de plazas hoteleras sino que también era propietaria de un hotel.

En su Fundamento de Derecho Quinto señala que: «Consecuentemente, la compraventa de acciones (...) no tiene la finalidad de eludir la tributación por el ITP y AJD, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas». Por ello, «De acuerdo con las reglas de la sana crítica, (...) resulta evidente que en la operación de compraventa de las acciones de la sociedad (...) no se estaba "simulando" la venta de un bien inmueble, utilizando como instrumento una sociedad interpuesta, ni se trataba de evitar a toda costa la tributación en el ITP y AJD, máxime cuando entre las partes se pacta un precio 72 veces superior al valor teórico contable de la compañía y 12 veces superior al valor real del inmueble (...)».

A pesar de este pronunciamiento, consideramos que **la posición del Alto Tribunal es la de aplicar el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores de una forma literal a cualquier caso, incluidos aquellos en los que no haya indicio de ánimo elusorio**. Así lo vuelve a reiterar en otra Sentencia posterior, **de 22 de diciembre de 2011, recurso número 3225/2008 (NFJ045935)**, cuando señala que el hecho de que con el artículo 108 de la Ley 24/1988 se intente evitar el fraude no significa que siempre que dicho precepto se aplique lo sea partiendo de la premisa de que el mismo concurre, por lo que no es preciso que exista o se acredite tal elemento, siendo suficiente con que, como sucede en este caso, se cumplan los requisitos que la norma taxativamente establece para aplicar o no la exención.

Por último, podemos indicar que ya ha habido algún **Tribunal Superior de Justicia** que se hace eco de esta posición. Así, el de **Andalucía**, con sede en Granada [**Sentencia 1918/2011, de 19 de septiembre (NFJ045971)**], repasa la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011, y concluye que: «**la sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales**, modalidad "transmisiones onerosas", de valores representativos del capital social de sociedades cuyo activo quede constituido por bienes inmuebles, al menos en un 50 por 100, **no está condicionada a la demostración de que en dicha transacción haya existido ánimo fraudulento** para adquirir un patrimonio inmobiliario mediante la compra de títulos representativos del mismo porque **es suficiente la constatación de que el patrimonio social de la entidad participada se compone básicamente de bienes inmuebles y de que con la adquisición de esos títulos valores la adquirente pasa a tener posición hegemónica en la entidad participada, para que resulte de aplicación la norma contenida en el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores**. Dicho lo cual, tampoco de lo afirmado se debe desprender que la aplicación de su mandato haya de serlo de forma automática, residenciándose, a juicio de esta Sala, la piedra de toque de su aplicabilidad al caso, en el hecho de que en la sociedad que amplía su capital (...) —en este caso— quede acreditado de forma indubitada que su capital social está constituido por bienes inmuebles, en más de un 50 por 100 del mismo.»

4. CONCLUSIÓN

El debate doctrinal surgido desde la entrada en vigor de esta norma antielusoria ha residido en si la excepción a la exención en Transmisiones Patrimoniales Onerosas resulta de aplicación automática

siempre que en el supuesto de hecho contemplado se den las condiciones exigidas por el referido precepto, o bien, además de la concurrencia de tales requisitos legales, se hace imprescindible acreditar el ánimo de defraudar por parte de quien adquiere títulos valores de una entidad haciéndose con su control mayoritario y siempre que la sociedad que los transmite tenga un capital social representado en más del 50 por 100 por bienes inmuebles.

Pues bien, al amparo de la vigente redacción del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores, no se requiere de la existencia de un ánimo elusorio para poder determinar su aplicación. La voluntad del legislador está clara en este sentido: sometimiento a la modalidad impositiva de Transmisiones Patrimoniales Onerosas de aquellas operaciones descritas en el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores, exista o no ánimo defraudatorio.

Por otro lado, y si se dudaba de su compatibilidad con el ordenamiento comunitario, se ha de recordar que tanto la Directiva 69/335/CEE como la vigente 2008/7/CE no entran en conflicto con el citado precepto, ni en los casos en que se produce una operación de «concentración de capitales» (constitución, ampliación de capital, incremento de fondos propios o, en definitiva, incremento neto de la afectación de capital al desarrollo de una actividad económica), ni en las de «modificación de capitales» (ya sea operaciones de transmisión, de compraventa o de permuta, en las que el capital afecto del vendedor resulta sustituido por capital del comprador).

Como resolvió el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la citada Directiva 2008/7/CE resulta compatible con el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores en aquellos casos en los que tiene lugar la adquisición mediante compraventa de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo se encuentra mayoritariamente integrado por inmuebles. Y ello con independencia de que dichas sociedades resulten plenamente operativas y de que los inmuebles en cuestión no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por la sociedad. La afectación de los bienes inmuebles al desarrollo de una actividad económica, con independencia de la naturaleza de esta última, no imposibilita el devengo de Transmisiones Patrimoniales Onerosas en aquellos supuestos en los que se cumplan las circunstancias que determinan su aplicación, con la excepción hecha a aquellos inmuebles, salvo los terrenos y solares, que formen parte del activo circulante de las entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria.

La mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo avalan esta interpretación, y lo confirman las emitidas durante el año 2011, con la excepción de la Sentencia de fecha de 17 de octubre, fallo que se aparta de esta doctrina que entendemos consolidada en nuestro ordenamiento, que no es otra que **el hecho de que el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores intente evitar el fraude no significa que siempre que dicho precepto se aplique lo sea partiendo de la premisa de que el mismo concurre, por lo que no es preciso que exista o se acredite tal elemento, siendo suficiente con que, como sucede en este caso, se cumplan los requisitos que la norma taxativamente establece para aplicar o no la exención.** Se trata de una norma tributaria que excede del de una cláusula antielusión de carácter excepcional, puesto que la misma ha de aplicarse, con independencia de presencia o no de fraude. Otra alternativa, dado su carácter excepcional, habría supuesto que el legislador hubiera reconocido alguna salvedad para aplicar esta modalidad impositiva, cosa que no ha realizado.

LA OBSOLESCENCIA PROGRAMADA Y LA UBICACIÓN FÍSICA DE LAS ACTIVIDADES. CONTENIDO NECESARIO EN LOS INFORMES DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

MIGUEL ÁNGEL VILLACORTA HERNÁNDEZ

Profesor de la Universidad Complutense de Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYALA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

Extracto:

ESTE artículo pretende redefinir la denominación, definición, ámbito de aplicación y contenido de la Responsabilidad Social Corporativa a partir del estudio de los costes sociales. La aportación fundamental es la necesidad de incluir la ubicación física de las actividades y la «obsolescencia planificada» en la gestión y divulgación de la Responsabilidad Social Empresarial.

Palabras clave: Responsabilidad Social Corporativa, costes sociales, ubicación de las actividades y obsolescencia planificada.

THE PLANNED OBSOLESCENCE AND THE PHYSICAL LOCATION OF ACTIVITIES. CONTENT NEEDED ON CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY REPORT

MIGUEL ÁNGEL VILLACORTA HERNÁNDEZ

Profesor de la Universidad Complutense de Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYALA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

Abstract:

THIS article aims to redefine the name, definition, scope and content of corporate social responsibility from the study of social costs. The main contribution is the need to include the physical location of activities and the «planned obsolescence» in the management and dissemination of Corporate Social Responsibility.

Keywords: Corporate Social Responsibility, social costs, location of activities and planned obsolescence.

Sumario

1. Costes sociales.
 - 1.1. Obsolescencia programada.
 - 1.2. Ubicación física.
2. Responsabilidad Social Empresarial y Corporativa.
 - 2.1. Denominación.
 - 2.2. Ámbito de aplicación.
 - 2.3. Definición.
 - 2.4. Divulgación.
 - 2.5. Marcos reguladores internacionales.
 - 2.6. Herramientas para mejorar la gestión.
 - 2.7. Normas para verificar la información.
 - 2.8. Memorias de sostenibilidad.
3. Conciliación entre costes sociales y Responsabilidad Social Empresarial y Corporativa.
4. Conclusiones.

Bibliografía.

1. COSTES SOCIALES

Los intereses públicos y privados no siempre coinciden. Mientras que las empresas buscan las máximas ganancias económicas posibles, el interés público persigue beneficios sociales, tal como la salud pública, el bienestar de la sociedad, el respeto a la naturaleza, los valores, las actividades estéticas, la cohesión social y las normas éticas, que no en todas las ocasiones son buscadas por la gestión empresarial.

Las empresas privadas producen numerosos beneficios al conjunto de la sociedad (beneficios sociales), sin embargo, también le proporcionan costes [«costes sociales» en denominación de KAPP (1977)].

Los costes sociales no son contabilizados en la cuenta de pérdidas y ganancias de las empresas porque no son soportados por ellas, sino por terceras personas o por la comunidad entera.

La competencia empresarial continuamente intenta maximizar los ingresos y minimizar los gastos generados por el ciclo productivo del producto o servicio, pero solo los registrados contablemente; esta actuación, totalmente coherente, se realiza independientemente de que sus actividades aumenten los costes sociales. Si no existe control, ya sea por parte de los entes públicos o por parte de los *stakeholders* (incluidos los consumidores), la actuación de las empresas privadas tiende a incrementar los costes sociales.

Sin embargo, la resolución de este problema no es fácil porque algunos costes sociales pueden permanecer ocultos durante mucho tiempo, de tal forma que las personas afectadas no sean conscientes nunca de estos efectos.

El primer paso para disminuir los costes sociales es la información pública de sus dimensiones y efectos. En el **cuadro 1** se recogen las dimensiones de los costes sociales producidos por las empresas, y las consecuencias de cada una de ellas.

CUADRO 1. Dimensiones y consecuencias de los costes sociales.

Dimensión	Efectos y consecuencias
Eliminación de recursos alimenticios	Deterioro de las posibilidades de alimentación humana El caso más reciente es la utilización de cereales para crear combustibles ecológicos
Empeoramiento de las condiciones medioambientales	Contaminación de aire y agua, deterioro de salud humana, vida animal, vida vegetal, ruptura del equilibrio ecológico y deforestación
Disminución de recursos no restituibles	Destrucción de los recursos naturales Extracción competitiva de recursos petrolíferos Relacionado con consumo energético desmesurado
Desgaste del factor humano de producción	Pérdida de salud por las condiciones del trabajo Gastos por la mano de obra desocupada
Corrupción	Incluye todo abuso de poder para beneficio propio La corrupción impide el desarrollo de un país, debido a que incrementa el gasto público, reduce la calidad de las infraestructuras, disminuye las riquezas del estado y/o actúa como un «impuesto arbitrario» que distorsiona los incentivos públicos y privados
«Obsolescencia planificada»	Produce costes de oportunidad, porque esos recursos se podrían destinar a otras actividades Relacionada con el deterioro de la salud humana y deterioro medioambiental
Riesgos de la deslocalización	Existirán zonas terciarias, con prácticamente todos sus productos manufacturados en el exterior Relacionado con aumento del coste en combustible, principalmente por la adquisición generalizada de productos manufacturados en zonas subdesarrolladas alejadas
Riesgos de la superconcentración	Despoblación y deterioro en la calidad de vida, en zonas rurales y algunas zonas urbanas, por un lado, y superconcentración en concretos centros urbanos, por otro

FUENTE: *Elaboración propia.*

Los costes sociales son recogidos por los informes de Responsabilidad Social Corporativa en la mayoría de sus dimensiones; sin embargo, estos informes no revelan información sobre tres de ellas: la «obsolescencia programada», la deslocalización y la superconcentración.

1.1. Obsolescencia programada

1.1.1. Definición

La «obsolescencia planificada» u «obsolescencia programada» (*planned obsolescence* o *built-in obsolescence*) es la determinación, planificación o programación del fin de la vida útil de un produc-

to o servicio de modo que este se torne obsoleto, no funcional, inútil o inservible tras un periodo de tiempo calculado de antemano, por el fabricante o empresa de servicios.

Mucho antes de que la «obsolescencia programada» se definiera, VEBLEN (1919, 282) escribía colateralmente de ella, al proponer una «(...) consciente reducción de la eficiencia industrial».

La «obsolescencia planificada» tiene considerable valor para el fabricante o empresa de servicios pues, al ser inservible antes de tiempo, obliga al consumidor a que adquiera otro producto nuevamente o sea reparado por una cantidad de dinero tan grande que haga más rentable una compra nueva que el arreglo.

El efecto de la minoración de la vida útil del producto es un incremento artificial de los ingresos empresariales. En vez de incrementar los precios de los productos, se enajena un número mayor de unidades físicas. Esta estrategia es especialmente importante en un ambiente de oligopolios generalizados. En el entorno actual existen constantes agrupaciones y fusiones en todos los sectores, incluido el de distribución. Las empresas oligopolísticas no pueden disminuir precios porque traicionarían al oligopolio; para ellas, la mejor forma de aumentar la rentabilidad es realizar continuas variaciones en las cualidades de los productos, dentro de una estrategia de «obsolescencia planificada» con objeto de acelerar el número de unidades vendidas.

El proceso por el cual un producto se diseña con el objetivo de que se quede obsoleto en el menor tiempo posible y el consumidor desee comprar otro es uno de los engranajes básicos sobre los que se sustenta la industria electrónica y todo el sistema consumista-capitalista occidental.

1.1.2. Tipos de «obsolescencia programada»

Existen dos clasificaciones de «obsolescencia planificada»: la primera diferencia entre obligatoria y voluntaria; la segunda distingue entre la diseñada en la fase de producción (de calidad o de fabricación) y la diseñada en la fase de venta (de atractivo o de deseabilidad).

Ambas clasificaciones fueron concebidas de forma consecutiva. En un primer momento se concibió como obligatoria, aunque únicamente se llevó a la práctica de forma voluntaria. Al principio se incidía más sobre la producción, aunque en la actualidad se incide más sobre la venta. Derivado de ello, han existido tres etapas: obligatoria de producción, voluntaria de producción y voluntaria de venta.

La primera clasificación distingue entre la teórica «obsolescencia planificada» obligatoria y la puesta en práctica voluntaria. El término «obsolescencia planificada» (*planned obsolescence*) es descrito por primera vez por Bernard LONDON (1932), quien dictaminó que el mejor camino para salir de la crisis de 1929 era hacer obligatoria la «obsolescencia planificada», de forma que se instaurara un plazo de caducidad de todos los bienes, transcurrido el cual un organismo gubernamental se encargaría de destruirlos. Esta «obsolescencia planificada» obligatoria nunca se puso en práctica. Sin embargo, la esencia del proceso sí se generalizó en la década de 1950, no basado en un concepto legal y obligatorio, sino como una estrategia empresarial para maximizar la rentabilidad de la com-

pañía, fundamentada tanto en la disminución de la durabilidad del producto, como en la motivación de seducir al consumidor. La «obsolescencia programada» comenzó simultáneamente con la producción en masa y la sociedad de consumo, en la década de los años 50 del siglo XX, cuando por primera vez existieron costes bajos de producción que permitían disminuir el precio de los productos hasta hacerlos asequibles a la mayoría. Los consumidores «(...) compraban por diversión y esto hizo que se acelerara la economía» (BULOW: 1986, 729-749). Aquí se produjo un cambio en la filosofía de la producción, al modificar el objetivo de un producto con alta duración por un producto con bajo coste y durabilidad, de forma que el consumidor esté continuamente insatisfecho con el producto adquirido y desee adquirir uno nuevo que lo sustituya.

El clásico ejemplo de «obsolescencia programada» de producción obligatoria aconteció en el sector de elaboración de bombilla. En 1871, Edison puso a la venta su primera bombilla, que duraba 1.500 horas. Al principio del siglo XX, las bombillas se publicitaban con una duración certificada de 2.500 horas. Tanto es así que, actualmente en Livermore (EE.UU.), continúa funcionando una bombilla ininterrumpidamente desde el año 1901. Esto fue así hasta el 24 de diciembre de 1924 cuando se reunió en Ginebra el primer Cártel internacional para la producción de bombillas a nivel mundial: Phoebus (*Phoebus S. Compagnie Industrielle vierte et la Developpement de l'Eclairage*). Allí se incluía la alemana Osram, las estadounidenses General Electric y The Shelby Electric, la holandesa Philips, la húngara Tungsram y la española Lámparas Zeta, que pertenece actualmente al grupo Philips. Allí se acordó limitar artificialmente la duración técnica de la vida útil de las bombillas a 1.000 horas. Si se desviaban de los objetivos marcados, las empresas del cártel recibían severas multas.

La segunda clasificación distingue entre «obsolescencia planificada» de venta y de producción [obsolescencia de atractivo y obsolescencia de calidad en palabras de CASTAÑO (2004, 114)]. La «obsolescencia planificada» de venta es aquella por la que se vuelve obsoleto un bien de consumo porque ha dejado de estar de moda. Se instrumentaliza en el proceso de venta, por medio del *marketing*, por lo que el consumidor se puede negar. La «obsolescencia planificada» de producción, por la que se disminuye la vida útil del producto, se desarrolla en el proceso de producción, por lo que el consumidor no se puede negar.

La obsolescencia de venta se puede aplicar en los productos destinados a estimular la vanidad humana, o sea los dictados de la moda. Los diseñadores y fabricantes la han logrado extender a casi todos los bienes. Algunos ejemplos serían los cambios en la equipación de equipos deportivos profesionales, los monitores (o receptores de televisión) planos que reemplazan a los estándares aunque funcionen, o bien los colores, formas y materiales de la ropa que identifican sobre la temporada en la que fueron adquiridos. También se aplica a los productos tecnológicos. En este caso el procedimiento es que, aunque el producto sea perfectamente válido, poco a poco empieza a salir al mercado menos discos, juegos, repuestos o demás accesorios para el mismo. La prensa especializada del sector comienza a hablar de sus sustitutos. Al final el consumidor adquiere nuevas versiones del producto que incorporan muy pocas mejoras funcionales. En este caso, los productos son desechables atendiendo al estilo y al buen gusto.

La «obsolescencia programada» de producción es derivada de la anterior. Si los productos no se fabrican deliberadamente para durar, la calidad no importa. Es inevitable la utilización de mate-

riales de inferior calidad, reducciones en el tiempo necesario para desarrollar el producto y minoración de los esfuerzos para inspeccionar tanto el producto como su proceso productivo. Han sido objeto de «obsolescencia programada» de producción la industria textil, de bombillas, de productos electrónicos, de producción de videojuegos, consolas, móviles, automóviles, accesorios de estos, neumáticos, electrodomésticos, construcción de pisos y ropa. En todos ellos es más barato adquirir otro producto que reparar los existentes.

1.1.3. Costes sociales que genera

Para remediar el estancamiento temporal de la gran depresión, las empresas optaron por fomentar el desperdicio en el consumo, la creciente inclusión de embalajes desechables innecesarios, la «obsolescencia planificada» y las políticas de ventas dinamizadas por publicidad compulsiva.

La elección de fabricar productos que se vuelven obsoletos de manera premeditada influye enormemente en la decisión de ciertas empresas sobre su arquitectura interna de producción. Así, la compañía tiene que sopesar si utilizar componentes tecnológicos más baratos satisface o no la proyección de vida útil que están interesados en darle a sus productos.

Para la industria, la «obsolescencia programada» estimula positivamente la demanda al alentar a los consumidores a comprar de forma artificialmente acelerada nuevos productos si desean seguir utilizándolos.

Para el conjunto de la sociedad, la «obsolescencia programada» ocasiona importantes costes sociales. El principal es que genera costes de oportunidad, porque esos recursos se podrían destinar a otras actividades. Además, está relacionada con el deterioro de la salud humana porque la industria farmacéutica no pone a la venta ciertos productos que curarían enfermedades, ya que este hecho limitaría su horizonte de venta de productos que atenúan esas enfermedades. Asimismo, el objetivo de la «obsolescencia programada» es el lucro económico inmediato, por lo que el cuidado y respeto del aire, agua y medio ambiente pasa a un segundo plano de prioridades. Cada producto que se vuelve obsoleto, supone contaminación; esto es un problema pues el sistema de producción con «obsolescencia programada» no se ajusta en absoluto a la armonía y equilibrio de la naturaleza.

1.1.4. Soluciones para atenuar la «obsolescencia programada»

Existe evidente riesgo de una reacción adversa por parte de los consumidores al descubrir que el fabricante diseñó el producto para que se volviese obsoleto más rápidamente, haciendo que sus consumidores cambien a la competencia, basando su elección en la durabilidad y calidad del producto. La reacción de los *stakeholders* es la única herramienta verdadera que tienen los consumidores ante la «obsolescencia planificada» de fabricación. Sin embargo esta herramienta tiene dos limitaciones: una la atenúa, que es la publicidad empresarial, tanto directa al consumidor como indirecta por medio de la influencia de la prensa especializada; la otra la anula, que es toda agrupación empresarial de un sector, como por ejemplo un cártel, que iguale artificialmente a la baja la durabilidad y calidad del producto o servicio.

Ni las normas legales, ni la actuación individual de los consumidores, sirven para resolver los costes sociales que provoca. La «obsolescencia planificada» de fabricación no se puede legislar porque sería una ley sin sustancia, pues no es regulable el proceso productivo de las compañías. Tampoco se puede dejar al arbitrio individual del consumidor, porque normalmente no descubre la existencia de «obsolescencia planificada» de fabricación. Algunos costes sociales pueden permanecer ocultos durante mucho tiempo, de tal forma que las personas afectadas no sean conscientes nunca de estos efectos.

La única manera de atenuarlo es buscar la competencia empresarial en el diseño del proceso productivo para que, en provecho del consumidor, revelen sus políticas al respecto. La «obsolescencia planificada» de producción comenzó con cárteles y con agrupaciones empresariales para acordar la reducción de la vida útil de los productos y servicios; la mejor forma de atenuar sus efectos es intentar minorar esos lazos con la revelación pública de información al respecto. En la actualidad existe un instrumento que permite a las compañías ofrecer información a los usuarios de sus políticas y motivaciones: los informes de Responsabilidad Social Corporativa.

Esta medida es factible porque los informes de Responsabilidad Social Corporativa ofrecen información de las actuaciones de las compañías para disminuir casi todos los costes sociales de las compañías, pero la influencia de la «obsolescencia planificada» de producción no. Si los informes de Responsabilidad Social Corporativa ofrecieran información sobre las medidas que ha tomado esa empresa para aumentar la vida útil de sus productos, mostrarían una información más completa de los costes sociales de la compañía. Esta información tiene sentido económico, porque el producto será más útil y deseable si es técnicamente superior.

1.2. Ubicación física

Aunque no sea su intención, las empresas producen costes sociales al ubicar sus plantas y equipos en un lugar u otro. Por esta razón, la Responsabilidad Social Corporativa debe incluir información sobre la ubicación física de las actividades de la empresa para que los usuarios de esa información conozcan las medidas que fomentan los beneficios sociales del territorio en el que habita, para observar cómo se ha desarrollado el proceso de deslocalización a zonas en vías de desarrollo, y para saber si la actuación de la empresa está profundizando o evitando la superconcentración empresarial en ciertas zonas del territorio nacional.

1.2.1. Fomento de la economía local

Para los *stakeholders* tiene sentido conocer qué productos o servicios de los que consume han sido elaborados en la región en la que vive, tiene su segunda residencia o desarrolla su actividad. Con esta información conoce las inversiones que indirectamente han fomentado esa zona. Además, la cercanía entre empresa y *stakeholders* permite identificar los costes de transporte incurridos, lo que es importante para la economía y el medio ambiente.

La integración de las empresas en su entorno local es el motor de su desarrollo pues ofrecen puestos de trabajo, salarios, prestaciones e ingresos fiscales. Las empresas requieren de entornos prósperos, estables y saludables, pues de ello depende que disponga de recursos naturales, clientes, contrataciones, personal, servicios y reputación. Por todo ello, es valioso posicionarse como una empresa que se preocupa por la calidad de vida de sus trabajadores, sus familias y clientes, pero también de «sus comunidades, agentes locales y tradiciones» (Comisión UE, 2001). No debe obviarse que los empleados conviven y se desarrollan en esas comunidades (que también son clientes y comunicadores de la empresa). En las comunidades también conviven los clientes, proveedores, intermediarios, gobierno, proveedores de recursos financieros, inversores, entre otros grupos de interés que apreciarían las acciones empresariales que contribuyen al bienestar general; no por altruismo, sino porque se estarían beneficiando indirectamente.

1.2.2. Deslocalización

La deslocalización es el proceso realizado por algunas empresas multinacionales, por el que trasladan sus centros de trabajo a países con menores costes de producción, legislaciones menos estrictas con la protección del medio ambiente y condiciones de trabajo más flexibles que permitan menos seguridad en el trabajo y mayor jornada laboral. Generalmente, el traslado se produce de países desarrollados a países en vías de desarrollo, o de países en vías de desarrollo a otros países en vías de desarrollo con costes menores.

Tal deslocalización está supeditada a la obtención de esas ventajas, entre ellas los bajos costes. Si cambian las condiciones y aparecen presiones por demandas laborales o de otra índole, las compañías deslocalizan el capital a otras ubicaciones más baratas. Por tanto, los territorios receptores de las multinacionales tienen que mantener las malas condiciones porque saben que si las empresas encuentran otros lugares más apetecibles, se marcharán a ellos (GALVÁN: 2006, 127).

La deslocalización, originada por la globalización económica, produce oportunidades, pero también problemas y costes sociales.

Las compañías no tienen como finalidad mejorar el bien común de países, naciones o comunidades. Ni en su país de origen, ni en los países donde fabrican, tienen como misión generar puestos de trabajo estables, ni fortalecer las redes de pequeñas empresas, ni reforzar los mercados locales, ni hacer respetar los derechos laborales y humanos más básicos. Su misión es maximizar el beneficio del accionista.

La deslocalización produce costes sociales: aumento de la desocupación en el país de origen; creación de empleo de baja calidad en el país de destino; contaminación y destrucción del medio ambiente, al carecer el país de destino de suficientes controles ambientales, lo que puede causar sequías, desertificación, sobreexplotación de recursos y aumento de residuos; «efecto dominó» en la competencia porque para poder competir con la empresa deslocalizada, la competencia debe imitar sus métodos; y por último, reducción de la calidad del producto final, al ser realizado por personal menos cualificado o en peores condiciones laborales.

Estas condiciones modifican las relaciones de trabajo. Las empresas aprovechando, por un lado, su poder económico y, por otro, las necesidades de las personas que viven en los lugares geográficos a los cuales acuden en búsqueda de menores costes, obvian o eliminan aspectos que protegen al trabajador y su familia, y llegan incluso a crear nuevas formas de relación de capital-trabajo injustas y profundos cambios en estructuras y culturas organizativas. Las nuevas formas de organización obligan a la continua capacitación, la disminución del trabajo permanente, el aumento en la inestabilidad del empleo, formas de trabajo fuera del marco legal, informalidad y dependencia externa con los efectos que esto trae a la seguridad y salario de los trabajadores.

La deslocalización de parte del proceso productivo provoca una especialización vertical ya que los países se especializan en distintas fases de la cadena de valor. Esto provoca desindustrialización, desempleo y desigualdad (DE LA DEHESA: 2002).

La libertad de movimiento y actuación de las transnacionales ha afectado a las relaciones de las empresas y su entorno natural. Al aprovechar los recursos naturales que les sirven de materia prima, están trasladando para sí la renta que pudo haber sido aprovechada por las compañías domiciliadas en el país donde se sitúan los recursos. La explotación de tales recursos en territorios de bajos costes proveen elementos adicionales de atractivo para la sobreexplotación y sobreproducción, con el daño que implica este exceso en el ambiente y la ecología (VITERI, 2011). Los consumidores que optan por alimentos de comercio justo deben tener en cuenta que tienen su origen en lugares lejanos, consumiendo más combustible y contaminando más que si fuesen adquiridos a proveedores cercanos.

En algunas ocasiones, la descentralización está relacionada con abuso de la mano de obra infantil para llevar a cabo trabajos menos cualificados. La OIT (2008) estima que más de 165 millones de niños, de 5 a 14 años de edad son víctimas del trabajo infantil, muchos de los cuales trabajan durante largas horas y en condiciones denigrantes y desfavorables para su desarrollo humano. Las familias en condiciones de precariedad económica se ven obligadas a que los menores trabajen para suplir sus necesidades básicas, otorgando más importancia al ingreso económico que a la educación. Por otro lado, la deslocalización puede relacionarse con discriminación sexual. Las familias, ante la decisión de enviar sus menores a trabajar, al tener que escoger entre su hijo o a su hija a la escuela, por lo general sacrifican el futuro de la niña (OIT, 2008).

Las inversiones de los procesos productivos deberían servir para ayudar al crecimiento y mejora de condiciones de vida locales y combatir la situación de extrema pobreza, no limitándose a aumentar los beneficios de las empresas. Aunque no es fácil remediar los efectos negativos de la globalización, debe ser valorado positivamente «(...) que existan iniciativas y propuestas que intenten prevenir daños a las personas, comunidades y entorno debido a malas prácticas empresariales» (FERNÁNDEZ: 2005, 125). Una medida muy positiva para atenuarlo es que los informes de Responsabilidad Social Corporativa ofrezcan información sobre los niveles de descentralización y cómo se está realizando esta.

1.2.3. Superconcentración física

La concentración empresarial en zonas donde se agrupen muchas empresas puede ayudar a la logística y a la relación con clientes, proveedores y agentes de las compañías que allí se sitúen. Esta

agrupación es positiva para ellas, pero puede provocar unos costes sociales si es excesiva (ABRAMOVITZ: 1990, 341) (GONZÁLEZ: 1993, 25), lo que podría denominarse superconcentración física [«concentración espacial» en palabras de GARZA y PARTIDA (1988, 11-12)]. Cuando se produce la superconcentración en áreas metropolitanas congestionadas, se provoca un abandono de otras zonas, muchas de ellas rurales, situación que tendría nociva influencia sobre la demografía y ocupación de cada territorio nacional.

Para tener una visión global, parece relevante que las empresas, por medio de los informes de Responsabilidad Social Corporativa, ofrezcan información sobre el fomento de la economía local, sobre los niveles de deslocalización y cómo se está realizando esta, y sobre la superconcentración física en ciertas zonas del territorio nacional.

2. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y CORPORATIVA

Cada vez son más los gobiernos, organizaciones sociales, organismos públicos y empresas privadas que piensan que el desarrollo económico no tiene por qué estar reñido con el respeto de los derechos humanos, la conservación del medioambiente y el cuidado de la sociedad en general.

Con la ayuda de las nuevas tecnologías de comunicación, sobre todo de Internet, los ciudadanos, clientes e inversores poseen un mayor acceso a información que puede utilizarse para juzgar las actuaciones de las empresas, no solo desde el punto de vista financiero, sino cada vez más, desde el respeto a la sociedad en general (ÁLVAREZ y GARAYAR: 2006, 101).

El Tribunal Supremo de Estados Unidos estableció que si un inversor razonable cree que la actuación social y medioambiental de la compañía es una información esencial para entender la posición competitiva, la compañía está obligada a revelar esta información (Supreme Court, 1976).

Para satisfacer todas estas necesidades, nace la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) o Responsabilidad Social Corporativa (RSC).

2.1. Denominación

Los términos Responsabilidad Social Empresarial (RSE) y Responsabilidad Social Corporativa (RSC) están muy extendidas. Con mucha frecuencia son utilizadas indistintamente, aunque presentan diversos matices.

Por un lado, AECA prefiere RSC en vez de RSE «para incluir el buen gobierno, mientras que las prioridades de los *stakeholders* no siempre están recogidas cuando se habla de Responsabilidad social empresarial o de la empresa» (RIVERO: 2010, 186). Es decir, AECA prefiere RSC porque RSE incluye a los *stakeholders*, pero no a los *stakeholders*. Además, *Corporate Social Responsibility* (CSR) es la denominación y acrónimo utilizado en lengua inglesa.

Por otro lado, RSE engloba el concepto para las PYMES, pues el calificativo «corporativa» hace referencia a las grandes compañías, mientras que «empresarial» integra no solo a estas sino también a las pequeñas y medianas entidades.

La mejor alternativa sería denominarlo «Responsabilidad Social Empresarial y Corporativa» (RSEC) para incluir las prioridades de *steakholders* y *stakeholders* en todo tipo de empresas, independientemente del tamaño y de si cotizan o no.

2.2. Ámbito de aplicación

Dentro del concepto RSEC, diferenciamos entre *steakholders*, interesados en la gestión de la sociedad, y *stakeholders*, grupos de interés. Según FREEMAN (1984) se entiende por *stakeholder* «(...) cualquier grupo o individuo que sea afectado por, o pueda afectar a, la consecución de los intereses de la empresa». El término que más se le acerca en idioma castellano es «Grupo de interés», definido como «(...) individuo o colectivo que se relaciona y que tiene expectativas sobre el comportamiento de una organización» (Fundación Corresponsables: 2010, 95). Se trata de todas las partes interesadas en la empresa, que pueden afectar o ser afectadas por las actividades de la misma.

La enumeración de los grupos de interés está consensuada, porque son todas las personas físicas y jurídicas relacionadas con la empresa, porque las decisiones que toma afectan a todos directa o indirectamente. El problema se encuentra en la clasificación y consideración de cada uno de ellos.

Para la Fundación Corresponsables (2010, 95) son partes interesadas «(...) la propia organización (consejo, dirección, empleados, accionistas y proveedores), los consumidores, la sociedad (instituciones, comunidad, organizaciones sociales y medios de comunicación) y el mercado (reguladores, analistas y competidores)». Este enfoque *multistakeholder* es correcto, aunque debe ser matizado. Es acertado porque tiene en cuenta el conjunto de grupos de interés: empresas, partidos políticos, académicos, consejo de administración, dirección, empleados, sindicatos, acreedores, accionistas, clientes, proveedores, consumidores individuales, asociaciones de consumidores, la sociedad en general, instituciones, comunidad, organizaciones sociales, ONG, medios de comunicación, reguladores, analistas, competidores y Hacienda Pública. Sin embargo, no contempla adecuadamente a los accionistas. En nuestra opinión, para clasificar a los *stakeholder* se debe aplicar rigurosamente la hipótesis contable de entidad. En una primera aproximación de la hipótesis de entidad, queda claro que no son partes de la organización los empleados y proveedores, porque la empresa es un ente independiente de las personas físicas y jurídicas con las que se relaciona. Pero dentro de una aproximación más rigurosa de la hipótesis de entidad (frente a la hipótesis del propietario) podemos advertir que incluso tampoco los accionistas son sujetos internos de la propia organización.

La hipótesis de propiedad (consecuencia directa de la teoría económica clásica y de los planteamientos de Milton FRIEDMAN) se fundamenta en el hecho de que la empresa pertenece a sus socios o capitalistas-propietarios, de tal forma que el resultado de enfrentar los activos y los pasivos exigibles determina el neto patrimonial invertido por los socios en la empresa, y la renta (ingresos menos gastos) refleja el incremento o decremento del neto patrimonial perteneciente a los socios de la empresa. Por su parte, la hipótesis de entidad considera la sociedad como una unidad con realidad propia, inde-

pendiente, autónoma, distinta y separada de los sujetos con los que se relaciona: administradores, promotores, fundadores, propietarios, acreedores y trabajadores. La utilización de la hipótesis de entidad como base de la contabilidad ha sido recomendada por gran número de autores, entre ellos PATON (1922), GILMAN (1939), PATON y LITTLETON (1940), MEIGS *et al.* (1977, 484), HENDRIKSEN (1982, 114) y NORVERTO (1996, 101), y por los diferentes cuerpos teóricos, al ser incluida en los Conceptos Básicos de AAA (1957), en los Conceptos Básicos de GRADY (1966), en los Postulados Básicos de Contabilidad de MOONITZ (1973), en los *Underlying Assumptions* de BROCK y PALMER (1981, 358) y en los *Assumption of Accounting* de SHORT (1993).

En el contexto actual, parece adecuado aplicar la hipótesis de entidad por ocho razones:

- La hipótesis de entidad reconoce la evolución sufrida por el concepto de empresa. Mientras que el concepto tradicional de empresa era un patrimonio propiedad de los accionistas, su concepción actual se acerca más a un ente independiente de los sujetos con los que se relaciona.
- La observación del mercado financiero parece conceder argumentos a la hipótesis de la entidad, pues las compañías frecuentemente tienen una alta rotación de accionistas, por lo que no tiene mucho sentido considerar como parte de la empresa a unos usuarios que pueden abandonarla antes de la finalización del periodo contable.
- El capitalismo financiero, enfoque que reconoce la separación de objetivos, fines e intereses entre propietarios y gestores (BAUMOL, 1964, 86), implícitamente apoya el principio de entidad. Actualmente, se hace difícil pensar que los accionistas son los propietarios de la empresa, cuando cada vez más se produce una paulatina separación entre los accionistas y los administradores, con predominio del poder efectivo de los segundos sobre los primeros. El enfoque de entidad refleja el giro producido en las grandes empresas, donde las decisiones dejan de ser tomadas por los propietarios, como legítimos dueños, a ser asumidas por los administradores.
- La innovación financiera ha aumentado la oferta de títulos de inversión-financiación, provocando que la separación económica entre dueños y acreedores sea cada vez más complicada de trazar, aunque jurídicamente las diferencias sean evidentes. El socio se convierte en un mero inversor en busca de un dividendo y una plusvalía, por lo que su relación frente a la empresa es similar a la de un obligacionista.
- El enfoque de entidad es más concordante con la evolución de la difusión de la información financiera, ya que implica el abandono de la visión centrada en el propietario, para dar una visión más general con objeto de satisfacer al conjunto de los usuarios.
- Dentro de la teoría de la agencia se observa como los intereses y motivaciones de los accionistas pueden no coincidir con los de la empresa como entidad independiente.
- La hipótesis de entidad y de gestión continuada están correlacionadas, ya que la existencia separada de sus propietarios provoca que la sustitución de los accionistas sea intrascendente para la continuidad de la sociedad.
- La hipótesis de entidad está unida al paradigma de utilidad, de igual forma que la hipótesis de propiedad está relacionada con el paradigma de rendición de cuentas. En el momento en

que se separó el administrador del propietario comenzó una etapa en la que la contabilidad se utilizaba para que el primero rindiera cuentas frente al segundo, entendiendo la contabilidad como un instrumento al servicio de los propietarios. En la actualidad, la contabilidad es considerada un sistema de información para la toma de decisiones. Bajo esta concepción, el elemento representativo es la sociedad, concebida como entidad propia y autónoma, independiente de la propiedad.

La aceptación más rigurosa de la hipótesis de entidad es considerar a los propietarios como unos proveedores de financiación más, de forma que las emisiones para la financiación de cada empresa son instrumentos financieros de diversas características, pero ninguno tiene la categoría de propietario de la misma. La diferencia entre ambas interpretaciones de la hipótesis de la entidad es que por la primera acepción, más flexible, la empresa es independiente de sus propietarios, los cuales forman parte de los recursos propios. Sin embargo, la acepción más rigurosa no considera a ninguna de las emisiones realizadas para conseguir recursos como propios, sino que todos son ajenos a la empresa, que es una entidad independiente de todos los sujetos con los que se relaciona.

Esta aceptación rigurosa de la hipótesis de entidad tiene tres consecuencias:

- Nueva concepción de la empresa, pues la empresa gestiona riqueza confiada por personas ajenas a ella: accionistas y acreedores.
- Nueva concepción de las fuentes de financiación, pues considera a la empresa como una unidad económica independiente de los accionistas y acreedores, los cuales deben tener un tratamiento de inversores con diferentes perfiles; por lo tanto, la empresa, al recibir sus fondos, no reconoce a nadie como su propietario.
- Influencia directa en la planificación y exposición de la RSEC. Bajo una concepción flexible de la hipótesis de entidad, no se deben incorporar a los proveedores, clientes, pero tampoco trabajadores, como sujetos internos de la organización, sino como externos. En una concepción rígida también se deben considerar a los accionistas como sujetos externos a la organización.

Con todo ello, ya podemos recopilar los actores del proceso de RSEC: sujeto activos, sujetos pasivos y elemento de protección. El sujeto activo es la empresa. Los sujetos pasivos son de dos tipos: sujetos internos (*steakholders*) y los sujetos externos (*stakeholders* o grupos de interés). Los sujetos pasivos internos son la gerencia, consejo de administración y dirección. Los sujetos pasivos externos son: empresas, partidos políticos, académicos, consejo, dirección, empleados, sindicatos, acreedores, accionistas, clientes, proveedores, consumidores individuales, asociaciones de consumidores, la sociedad en general, instituciones, comunidad, organizaciones sociales, ONG, medios de comunicación, reguladores, analistas, competidores y Hacienda Pública. Por último, el elemento de protección es la sociedad en general (comunidad local, sociedad civil y comunidad global).

Con todo ello podemos afirmar que la RSEC es un proceso, según el cual el sujeto activo (empresa) ofrece una información a los sujetos pasivos (internos y externos), de forma que estos evalúen los esfuerzos presentes y futuros de aquellos para proteger el elemento de protección (la sociedad en general).

La evaluación de los esfuerzos solo puede realizarse con una información útil. En este proceso existe un emisor de la información, que es el sujeto activo, y unos receptores de la información, que son los sujetos pasivos. Tan importante son los esfuerzos empresariales realizados, como una divulgación adecuada de estos.

2.3. Definición

La Responsabilidad Social Empresarial y Corporativa (RSEC) es definida con diferentes matices, pero siempre indicando su carácter voluntario y su compromiso con la reducción de los costes sociales. Por un lado, la Unión Europea la define como «la decisión voluntaria de la empresa en contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio» (Comisión Unión Europea: 2001, pág. 4). Por el otro, AECA (2004, párr. 17), la define como «(...) el compromiso voluntario de las empresas con el desarrollo de la sociedad y la preservación del medio ambiente, desde su composición social y un comportamiento responsable hacia las personas y grupos sociales con los que interactúa». Su objetivo fundamental es introducir elementos de dirección y de gestión orientados a innovar y mejorar el impacto de las empresas, de forma que estas generen «(...) externalidades socialmente responsables» (AECA 2004, párr. 80).

La definición que mejor muestra la vinculación con los costes sociales es la de FITCH (1976): «La responsabilidad social corporativa se define como el intento serio de resolver los problemas sociales causados enteramente o en parte por las corporaciones».

La definición de RSEC ha sido realizada por numerosos autores y organismos, incidiendo sobre algún aspecto concreto de sus destinatarios, funciones y objetivos. El **cuadro 2** repasa los aspectos fundamentales de las principales definiciones del término.

CUADRO 2. *Características de la Responsabilidad Social Corporativa en las definiciones doctrinales.*

Características	Objeto de protección	Stakeholders	Sociedad en conjunto
Voluntaria		JONES (1980), Comisión UE (2001) y AECA (2004)	MANNE y WALLICH (1972), CARROLL (1983) y Comisión UE (2001)
La empresa debe cumplir la ley			CARROLL (1991) y SCHWARTZ y CARROLL (2003)
La empresa, para ser socialmente responsable, no debe limitarse a cumplir la ley		JONES (1980)	DAVIS (1973)
.../...			

Objeto de protección	Stakeholders	Sociedad en conjunto
Características		
.../...		
Deseables para alcanzar los valores de la sociedad		BOWEN (1953)
Cumplir con las expectativas del público	FREDERICK (1960)	
La empresa tiene obligaciones más allá de las económicas	SACCONI (2006)	DAVIS (1960), DAVIS (1973) y Mc GUIRE (1963)
Las acciones de la empresa tienen efectos sobre los <i>stakeholders</i> y el sistema social en su conjunto	EPSTEIN (1987)	DAVIS y BLOMSTROM (1966)
Existen cercanas relaciones entre corporaciones y la sociedad		WALTON (1967)
La empresa equilibra una multiplicidad de intereses, la de otros miembros de la empresa y de los conciudadanos	JOHNSON (1971)	JOHNSON (1971)
La empresa posee valores, y estos pueden ayudar a mejorar el entorno social		Committee for Economic Development (1971)
Las decisiones de las empresas deben ser congruentes con normas sociales y valores		SETHI (1975)
Intento de resolver los problemas sociales causados por las empresas		FITCH (1976)
La responsabilidad de la empresa incluye las expectativas éticas		CARROLL (1979), CARROLL (1991)
La responsabilidad de la empresa incluye las actividades de filantropía		CARROLL (1983), CARROLL (1991), SCHWARTZ y CARROLL (2003)
La responsabilidad de la empresa incluye las preocupaciones sociales	Comisión UE (2001) y AECA (2004)	ELKINGTON (1997) y WEMPE y KAPTEIN (2002)
La responsabilidad de la empresa incluye las preocupaciones medioambientales	Comisión UE (2001) y AECA (2004)	WEMPE y KAPTEIN (2002)

FUENTE: *Elaboración propia.*

La RSEC puede definirse incluyendo los matices anteriores más representativos. Es una orientación empresarial que voluntariamente adoptan algunas empresas conscientes de su papel y de su responsabilidad dentro de la sociedad, y en cuyo cometido participan organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales que, con sus esfuerzos, han sumado voluntades en pro de una gerencia empresarial más justa, ética y comprometida con el desarrollo social y el medio ambiente. La RSEC intenta reducir los problemas sociales causados por sus decisiones, aunque no obligue a ello la ley.

2.4. Divulgación

Los aspectos de la RSC habitualmente se comunican a través de informes separados con múltiples denominaciones: informes de Responsabilidad Social Corporativa, informes de Responsabilidad Social Empresarial, informes de RSC, informes de RSE, informes de responsabilidad social, informes de reputación, informes sociales, informes de sostenibilidad o memorias de sostenibilidad. Los términos más adecuados son «Informes de Responsabilidad Social Empresarial y Corporativa» o «Informes de RSEC».

El futuro es que los «Informes de RSEC» estén incluidos en el Informe Anual, acompañando a los Estados Financieros y el Informe de Auditoría. Esta incorporación debería realizarse a nivel mundial, pero adaptándose a los requisitos de la legislación mercantil y contable de cada país.

El Registro Mercantil español obliga a presentar en el Registro Mercantil de la provincia en la que radique el domicilio social, la siguiente documentación: (a) Instancia de presentación de las cuentas, (b) Hoja de datos generales de identificación, (c) Declaración medioambiental, (d) Modelo de autocartera, (e) Cuentas Anuales, formadas por los estados financieros Balance de situación, Cuenta de pérdidas y ganancias, Estado de ingresos y gastos reconocidos (excepto pymes), Estado total de cambios en el patrimonio neto y Estado de flujos de efectivo (únicamente en modelo de presentación normal), y la Memoria, (f) Certificación de la aprobación de las cuentas anuales, conteniendo la aplicación de resultados, (g) Informe de gestión (únicamente en modelo de presentación normal), (h) Informe de auditoría, cuando la sociedad esté obligada a auditarse o si la minoría lo solicitase, y (i) Certificación acreditativa de que las cuentas depositadas se corresponden con las auditadas. Por lo tanto, en España los Informes de RSEC deberían incluirse en el Informe Anual que se deposita obligatoriamente en el Registro Mercantil, sustituyendo (ampliando sus contenidos) a la Declaración medioambiental.

La inclusión de los Informes de RSEC en la información periódica obligatoria que tienen que presentar las empresas, dentro del Informe Anual, es muy positiva, porque tendría un lugar preferente para mostrar su información. Con ello se podría alcanzar la triple rendición de cuentas, triple balance, triple cuenta de resultados, *triple reporting* (económico, social y medioambiental) o *triple bottom line* (*profit, people and planet*) [término acuñado por (ELKINGTON: 1997)].

Para que la información de la RSEC pueda tener un lugar tan destacado, debe cumplir dos requisitos. El primero es un nivel alto de estandarización, oportunidad, relevancia, comprensibilidad, comparabilidad y fiabilidad, pues el resto de información contable del Informe Anual ya posee todas estas características. El segundo es que debe poseer concordancia con la información contable del Informe Anual, por lo que debe ser consecuente con lo allí establecido, fundamentalmente con la hipótesis de gestión continuada y de entidad.

El grupo BBVA (2011) deja de realizar el informe de Responsabilidad Corporativa, que venía publicando desde 2002, e integra sus indicadores sociales, medioambientales y extrafinancieros en el Informe Anual de 2010. El segundo Informe Anual integrado es el de AECA (2011), que integra la información voluntaria sobre aspectos sociales y medioambiental, expresados en unos términos com-

parables y verificables, de forma que complementa a la información económico-financiera, con el objetivo de ofrecer una visión completa de la realidad de la organización y de los resultados obtenidos.

Una vez que ya está claro cómo divulgar la información, es necesario concretar los contenidos. Para identificar cuáles son, el mejor camino es observar los esfuerzos realizados por los organismos internacionales más prestigiosos. Las propuestas de los organismos son muy numerosas. La OCDE (2001), en su *Codes of Corporate Conduct*, enumera 233 códigos; la OIT (2011: 2980, 13.03.1) 215 relacionados con las condiciones de trabajo; el proyecto Sigma (*The Sigma Guidelines Toolkit*) 20 iniciativas relevantes; y la Comisión Europea (2003.a), en el *Mapping Instruments for Corporate Social Responsibility*, recoge las 19 principales.

Esta disparidad de proyectos puede clasificarse de diversas maneras. Una posible diferenciación es en función de su naturaleza, de forma que se realice una clasificación en cuatro grandes grupos [una clasificación similar fue realizada por ÁLVAREZ (2009, 677-697)]. En primer lugar, las iniciativas llevadas a cabo por organismos internacionales (ONU, OIT, OCDE, UE). En segundo lugar, las propuestas que tengan como objeto incidir en la gestión de la compañía (*Clarkson Center of Business Ethics*, *Nippon Keidanren*, Libro Blanco, *The Global Sullivan Principles*, *Balanced scorecard*, ISO 26000, *British Standard 7750*, TQEM). En tercer lugar, las normas de auditoría para verificar la información (AA1000 SERIES, SA 8000, EMAS). Por último, las memorias de sostenibilidad, tanto las realizadas por empresas y grupos, como el *Global Reporting Initiative*.

2.5. Marcos reguladores internacionales

2.5.1. Organización de las Naciones Unidas

La ONU es el organismo internacional más activo en la elaboración y difusión de instrumentos de RSEC. La «Conferencia de Estocolmo» (1972) centraba la atención en temas medioambientales, especialmente los relacionados con la degradación ambiental y la «contaminación transfronteriza» (contaminación que no reconoce límites políticos o geográficos y, por lo tanto, afecta a todos los países). La «Declaración de Río» (1992) señaló que los factores sociales, económicos y medioambientales son interdependientes. La «Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de Johannesburgo» (2002) reunió a jefes de estado y de gobierno, dirigentes de las organizaciones no gubernamentales, empresas y otros grupos de agentes sociales y económicos. Su objetivo fue centrar la atención del mundo y tomar medidas directas en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos y la conservación de los recursos naturales en un planeta en el que la población crece cada vez más, aumentando así la demanda y consumo de alimentos, agua, vivienda, energía, servicios sanitarios y seguridad económica.

Además de estas declaraciones de voluntad de solucionar los problemas sociales y medioambientales globales, la ONU ha desarrollado mecanismos destinados a gobiernos y empresas. Entre los dedicados a los gobiernos, el más destacado es el Protocolo de Kyoto. Entre los dedicados a empresas son fundamentales dos: las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos (ONU: 2003) y el Pacto Mundial (ONU: 2011).

Las Normas de la ONU dedicadas a empresas no constituyen obligaciones vinculantes para los países, sin embargo, la naturaleza del organismo impulsor les otorga mayor autoridad que muchos códigos de conducta aplicables obligatoriamente por las compañías.

Las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos fueron adoptadas por la Subcomisión de la ONU para la promoción y protección de los Derechos Humanos en 2003. Las 19 Normas se agrupan en:

- Obligaciones generales.
- Derecho a la igualdad de oportunidades y a un trato no discriminatorio.
- Derecho a la Seguridad Social.
- Derechos de los trabajadores.
- Respeto de la soberanía nacional y de los derechos humanos.
- Obligaciones en materia de protección del consumidor.
- Obligaciones en materia de protección del medio ambiente.
- Disposiciones generales sobre su aplicación.

El Pacto Mundial de las Naciones Unidas (*Global Compact*) es la mayor iniciativa de Responsabilidad Social Corporativa del mundo, con más de 8.000 entidades firmantes en 135 países. En España, la iniciativa llegó en 2002 de la mano de la Fundación Rafael del Pino, aunque no tomó forma hasta el año 2004, cuando se creó la Red Española del Pacto Mundial (<http://www.pactomundial.org>). Desde el 15 de noviembre de 2004, fecha en la que se celebró la III Asamblea del Pacto Mundial de Naciones Unidas, *Global Compact* opera en España a través de la Asociación Española del Pacto Mundial (ASEPAM).

Durante el Foro Económico Mundial de Davos, en 1999, el Secretario-General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, presentó la idea de un Pacto Global a los líderes mundiales del ámbito de negocios, del trabajo, así como a miembros de la sociedad civil. Participan en el Pacto los gobiernos, las compañías cuyas acciones se pretende influenciar, los trabajadores y el conjunto de la sociedad que se beneficia de tener empresas socialmente responsables. Su objetivo es que las prácticas corporativas de las empresas de todo el mundo cumplan una serie de principios claves en las áreas de derechos humanos, estándares laborales y ambientales. En 1999, el Pacto Global comprendía nueve principios derivados de la «Declaración universal de Derechos Humanos», la «Declaración de Principios de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los derechos fundamentales en el trabajo» y la «Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo». En 2004, se añadió un principio relacionado con la lucha contra la corrupción.

Los 10 Principios del *Global Compact* se encuentran basados en cuatro Pilares. Tanto los Principios como los Pilares son identificados en el **cuadro 3**.

CUADRO 3. Principios del Global Compact.

Pilares	Principios		
Derechos humanos	1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente	2. Las empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices de la vulneración de los derechos humanos	
Estándares laborales	3. Las empresas deben apoyar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva	4. Las empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción	6. Las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y ocupación
Medio ambiente	7. Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente	8. Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental	9. Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente
Anticorrupción	10. Las empresas deben trabajar en contra de la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno		

FUENTE: *Elaboración propia a partir de Global Compact (ONU: 2011).*

2.5.2. Organización Internacional del Trabajo

La OIT centra sus estudios en la actuación de las compañías multinacionales y en los posibles instrumentos internacionales destinados a reglamentar su conducta y a fijar las condiciones que han de regir sus relaciones con los países de acogida, sobre todo con aquellos en vías de desarrollo. Esto se plasmó en la adopción, por su Consejo de Administración, en 1977, de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (OIT: 2011). La Declaración ofrece a las multinacionales, a los gobiernos, a los empresarios y a los trabajadores, orientaciones en materia de empleo, formación y relaciones laborales.

2.5.3. Organización para la Cooperación y el Desarrollo

Las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales fueron elaboradas en 1976, y revisadas en 2000 (OCDE: 2001).

La vocación de las Directrices es garantizar que las actividades de las empresas se desarrollen en armonía con las políticas públicas, fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera y potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible.

Las Directrices son recomendaciones voluntarias, dirigidas por los gobiernos, a compañías multinacionales. Enuncian principios y normas éticas de la empresa, incluyendo el empleo y las relaciones laborales, los derechos humanos, el medio ambiente, la revelación de información, la lucha contra el soborno, los intereses del consumidor, la ciencia y la tecnología, la competencia y la tributación. Los gobiernos que se han adherido a las Directrices se comprometen a promoverlas entre las compañías multinacionales que operan en sus territorios (OCDE, 2004).

2.5.4. Unión Europea

En el año 2000, la Comisión Europea publicó el «Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental» (UE, 2000.a), donde se hizo hincapié en los diversos desastres ecológicos producidos por irresponsabilidades empresariales. Estas actuaciones irresponsables tienen como consecuencia una serie de costes muy importantes para la sociedad. En el Libro Blanco, la Comisión pretende establecer una estructura para un futuro régimen comunitario de responsabilidad medioambiental, encaminado a la aplicación del principio de que quien contamina un bien público deberá hacerse cargo de sus consecuencias negativas.

En julio de 2001, la Comisión elabora el marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, denominado «El Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas» (UE, 2001.a).

En el mismo año se publica la «Recomendación de la Comisión Europea relativa al reconocimiento, medición y publicación de las cuestiones medioambientales en las cuentas anuales y los informes anuales de empresas» (UE, 2001.b), en la que se establece una iniciativa en materia de contabilidad medioambiental para los estados financieros individuales y consolidados. Con esta aporta-

ción, la Unión Europea no pretende diseñar un informe independiente y complementario a los estados financieros; el objetivo es informar sobre estos asuntos dentro del Libro Diario, incluyendo conceptos como «gasto medioambiental» o «capitalización del gasto medioambiental».

En 2002, la Comisión presentó su Comunicación relativa a la responsabilidad social de las empresas, denominada «Una contribución empresarial al desarrollo sostenible» (UE, 2002).

Posteriormente, el Parlamento Europeo aprobó la Directiva 2003/51/CE, por la que se modificaban varios aspectos de la IV y la VII Directiva. La Directiva establecía la importancia de revelar, dentro de los informes de gestión de los grupos consolidados, información relativa al medioambiente y al personal de la compañía (UE, 2003.b).

A comienzos de 2005, la Comisión Europea inicia la estrategia de Lisboa, que reconoce que Europa necesita convertirse en una economía dinámica para conseguir objetivos sociales y ambientales más amplios. En la «Guía Integrada de Crecimiento y Empleo (2005-2008)», la Comisión recomendó que los Estados miembros debían «(...) apoyar a las empresas para desarrollar su responsabilidad social corporativa».

En la Comunicación sobre Responsabilidad Social Corporativa de marzo de 2006, la Comisión se fijó el objetivo de trabajar con todos los grupos de presión relevantes para «(...) hacer de Europa un polo de la excelencia sobre RSC», convencidos de que el potencial de la Responsabilidad Social Corporativa puede colaborar en el desarrollo sostenible, el crecimiento económico, favorecer el empleo, mejorar el uso de los recursos naturales, potenciar el rendimiento de la innovación, reducir la pobreza y aumentar el respeto de los derechos humanos (UE, 2006).

2.6. Herramientas para mejorar la gestión

2.6.1. *Clarkson Centre of Business Ethics*

El *Clarkson Centre of Business Ethics*, centro de ética de los negocios, dependiente de la Universidad de Toronto, redactó los principios que deben cumplir los gestores: los principios del *Clarkson Centre of Business Ethics*. La guía considera que la adopción de una estructura de gestión basada en la teoría de los grupos de interés o *stakeholders* puede contribuir al éxito y supervivencia de la compañía, además de crear una relación positiva con los diferentes grupos de interés.

2.6.2. *Nippon Keidanren*

La guía y principios de la Federación de Negocios de Japón, Nippon Keidanren, surgieron en 1991 (revisado en 2004), con el objetivo de promocionar la confianza pública en los negocios, mediante la estimulación de los más de 1.600 afiliados de su organización en la implementación de aspectos éticos en la gestión empresarial. El documento, de aplicación voluntaria, recoge ocho principios de actuación sobre actividades de mecenazgo, desarrollo de las comunidades locales y el buen comportamiento medioambiental.

2.6.3. *Keizai Doyukai*

El Libro Blanco Corporativo sobre Responsabilidad Social Corporativa fue publicado por la Asociación Japonesa de Ejecutivos Keizai Doyukai en 2003. Este documento proporciona una visión holística de la compañía, la cual no se limita a su valoración financiera (CHUA, 2005). La guía proporciona 110 indicadores, financieros y no financieros, clasificados en cuatro categorías, que a su vez están relacionadas con diferentes agentes: mercado (clientes, accionistas, proveedores, competidores), medio ambiente (generación actual, futuras generaciones), personas (trabajadores, ejecutivos) y sociedad (comunidad local, sociedad civil, comunidad global).

2.6.4. *The Global Sullivan Principles of Social Responsibility*

En 1977, el Reverendo Sullivan desarrolló *The Global Sullivan Principles of Social Responsibility*, un código de conducta para buscar el respeto de los derechos humanos y la igualdad de oportunidades en las compañías que operaban en Sudáfrica (*The Global Sullivan Principles*: 2011).

Estos principios han sido el mayor esfuerzo para combatir la discriminación racial en los puestos de trabajo de las empresas que operaban en Sudáfrica, contribuyendo así al desmantelamiento del *apartheid*. *The Global Sullivan Principles of Social Responsibility* están formados por ocho principios donde se insta a las empresas a respetar los derechos humanos, la libertad de asociación, la igualdad de oportunidades de todos los trabajadores y la mejora de la calidad de vida de las comunidades donde opera la empresa. Posteriormente, estos principios han ido incluyendo, como elementos de la responsabilidad social de las empresas, el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente y los derechos humanos.

2.6.5. *Balanced scorecard*

El *Balanced scorecard* o Cuadro de Mando Integral fue implementado como un instrumento de gestión y control de la empresa. Los propios autores (KAPLAN y NORTON: 1993, 57) ya consideraban la posibilidad de añadir más apartados a sus cuatro perspectivas clásicas (financiera, clientes, procesos internos, y aprendizaje y crecimiento) si la dirección de la compañía consideraba esta información necesaria para realizar una gestión eficiente.

Diversas investigaciones han analizado la posibilidad de integrar la información medioambiental y social en el Cuadro de Mando Integral. Para poder realizar la implementación de las perspectivas sociales y medioambientales, existen dos enfoques. Por un lado, JOHNSON (1998) considera la posibilidad de incluir indicadores sociales y medioambientales en la estructura existente del *balanced scorecard*. Por otro lado, FIGGE y HAHN (2004) proponen que los indicadores sociales y medioambientales se agrupen en apartados adicionales, con lo que pasaríamos de los cuatro apartados iniciales a seis. Con cualquiera de las dos ampliaciones, el *balanced scorecard* se convertiría en un instrumento útil para supervisar la actuación social y medioambiental de la compañía; además, permitiría un análisis de las relaciones causa-efecto respecto a la estrategia establecida previamente en materia social y medioambiental.

2.6.6. *International Organization for Standardization*

The International Organization for Standardization (ISO) es una organización no gubernamental establecida en 1947. Su misión es promover el desarrollo de normas para facilitar el intercambio internacional de bienes y servicios.

La ISO ha elaborado una Norma que proporciona directrices para la responsabilidad social: la ISO 26000 (ISO, 2010). Esta norma es de uso voluntario y, por lo tanto, no es una norma de certificación. Aunque se denomine «guía», se trata de una norma internacional no certificable, por lo que muestra lo que las organizaciones «deberían» hacer y no qué «deben» hacer.

Su objetivo es ayudar a las organizaciones a establecer y mejorar las estructuras de RSEC, y facilitar la comunicación de los compromisos y actividades relacionadas con RSEC.

La Norma es fruto del consenso internacional de 450 expertos, 99 países y 42 organizaciones internacionales representantes de consumidores, administraciones, industria, ONG y trabajadores.

La importancia de la ISO 26000 es que es un documento que permite establecer comparaciones, lo que permitirá, en un futuro, la implementación de la responsabilidad social en todo el mundo.

2.6.7. *British Standards Institution*

British Standards Institution (BSI) publicó en 1995 la norma *British Standard 7750* que fue el primer sistema de administración ambiental certificable. Su desarrollo comenzó en 1992 basada en la Ley de Protección Ambiental del Reino Unido de 1990. La intención era que sus requisitos fueran compatibles con la regulación sobre eco-administración y auditoría de la Unión Europea.

El núcleo de la BS 7750 es el llamado registro de efectos, que requiere que las empresas investiguen cuáles son los efectos ambientales de sus actividades, decidan cuáles son los más importantes y establezcan objetivos y metas para reducirlos. Periódicamente, se debe auditar el avance logrado. El registro de efectos proporciona una estrategia para identificar los problemas ambientales y llevar a cabo acciones para resolverlos. Este sistema permite, además, que un auditor determine si la empresa tiene un método adecuado para definir lo que esta considera como efectos importantes. Las empresas que aplican esta norma están obligadas a difundir públicamente los planes y objetivos ambientales corporativos.

2.6.8. *Global Environmental Management Initiative*

Global Environmental Management Initiative (GEMI) fue la primera organización de ámbito mundial que unificó la cultura ambiental y la calidad total. GEMI emitió en 2009 el *Total Quality for Environmental Management (TQEM)*. El TQEM es un programa que desarrolla el concepto de calidad total, dando un papel importante dentro de la misma a las estrategias ambientales (GEMI, 2009).

2.7. Normas para verificar la información

2.7.1. *Institute of Social and Ethical Accountability*

Institute of Social and Ethical Accountability es una organización profesional londinense sin ánimo de lucro y participada por empresarios, ONG y escuelas de negocios.

Este instituto publicó, en 1999, la norma «AA1000 Assurance Standard» (*Institute of Social and Ethical Accountability*: 2011) inspirada en la ISO 9001 y la ISO 14001. La norma persigue definir las mejores prácticas en auditoría social, registro contable y emisión de informes, haciendo especial referencia a la comunicación y entendimiento con los grupos de interés, eje de una empresa socialmente responsable.

En marzo de 2003, se publicó la norma *AA1000 Series*, basada en el marco conceptual de la AA1000 y con módulos específicos que ayudan a las empresas a ser socialmente responsables (CALVO *et al.*, 2007).

Esta norma se articula en torno a cuatro módulos específicos: Gobierno y gestión del riesgo, Medición y comunicación de la calidad del compromiso con los grupos de interés, Integración de los procesos de rendición de cuentas y Aplicación para pequeñas y medianas empresas.

El *AA1000 Series* puede servir de referencia a la organización durante el proceso de definición de indicadores y objetivos de sostenibilidad, para la medición del grado de consecución de los mismos, en la auditoría y presentación de sus niveles de desempeño, así como en el establecimiento de mecanismos de retroalimentación.

2.7.2. *Social Accountability International*

Social Accountability International (SAI) es una organización no gubernamental y sin ánimo de lucro con sede en Estados Unidos, participada por empresas, trabajadores, sindicatos, gobiernos, inversores y organizaciones no gubernamentales. El objetivo de SAI es mejorar las condiciones de trabajo en todo el mundo, mediante el desarrollo y la promoción de normas adoptadas voluntariamente por las compañías que certifican su responsabilidad en temas sociales y laborales. Este organismo presentó, en 1997, la Norma SA8000 (SAI: 2011), que versa sobre las condiciones de trabajo, basada en los principios de la OIT, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Los criterios fijados en la Norma SA8000 se relacionan con los siguientes aspectos: trabajo infantil, trabajos forzados, salud y seguridad en el trabajo, libertad de asociación y derecho de negociación colectiva, discriminación, medidas disciplinarias, horario de trabajo y remuneración.

La Norma SA8000 es una norma auditable sobre condiciones laborales porque va acompañada de un sistema de verificación independiente. La mayoría de las empresas que la han adoptado son empresas minoristas, manufactureras del sector textil, juguetero y zapatero, y del sector eléctrico y agrícola.

2.7.3. Unión Europea

La Unión Europea posee una serie de mecanismos que tienen como objetivo el establecimiento de un sistema voluntario de gestión y auditoría medioambiental: EMAS II (Reglamento CE, n.º 761/2001).

La utilidad de un sistema de gestión medioambiental es que permite dotar a la organización de un modelo estructurado para la consecución de mejoras continuas en la gestión de aspectos organizativos relacionados con el medio ambiente.

Uno de los aspectos esenciales es la propuesta de inclusión de información medioambiental dentro de la información financiera tradicional, en forma de un estado medioambiental. El estado medioambiental debe interpretarse como un informe sobre el impacto medioambiental o como un balance ecológico.

La publicación del Estado o Informe Medioambiental es imprescindible para registrarse en el esquema EMAS (UE, 2000.b). Este registro es voluntario, y está abierto a todas las compañías que tienen incidencia sobre el medio ambiente. EMAS les ofrece unos medios para gestionar los efectos y mejorar su comportamiento medioambiental.

2.8. Memorias de sostenibilidad

2.8.1. Memorias de sostenibilidad de empresas

Algunas compañías especialmente sensibles publican información social y medioambiental voluntariamente (PATTEN, 1992) (DEEGAN *et al.*, 2000) (CHO, 2009). Esta medida se ha explicado doctrinalmente basándose en dos teorías: como mecanismo defensivo y legitimador (RICHARDSON, 1987) (BROWN y DEEGAN, 1999) (CAMPBELL, 2000) (DEEGAN, 2002) (HUSILLOS, 2007) o como una demanda de los agentes implicados (FREMAN, 1984) (CLARKSON, 1995) (JONES, 1995) (WHEELER y SILLANPAA, 1998). Con objeto de informar a los grupos de interés de los resultados económicos, sociales y medioambientales se fueron desarrollando las memorias de sostenibilidad.

Existen diferentes opciones en cuanto a la manera de presentar la información. Las empresas publican un creciente volumen de información social y medioambiental, ya sea de manera voluntaria (GRAY *et al.*, 1995; MONEVA y LLENA, 1996; UNERMAN, 2000; GARCÍA-AYUSO y LARRINAGA, 2003; PATTEN y CRAMTON, 2004; ÁLVAREZ y GARAYAR, 2007), ya sea de forma obligatoria (SHAMEEK y COHEN, 1997; BLACCONIERE y PATTEN, 1994; LARRINAGA *et al.*, 2002; FREEDMAN y PATTEN, 2004; LLENA *et al.*, 2007; CRIADO *et al.*, 2008), tanto en sus informes anuales como en declaraciones medioambientales separadas.

Los informes sociales y/o medioambientales independientes representan un paso enorme en la atención a los grupos de interés (GRAY *et al.*, 1996). Estos documentos han sido denominados de muchas formas: informes medioambientales, informes sociales, informes de responsabilidad social corporativa. La acepción más extendida es la de memoria de sostenibilidad, posiblemente debido a que es la denominación establecida por el mayor referente internacional, la *Global Reporting Initiative* (MONEVA, 2007).

La profesión contable puede ayudar enormemente al RSEC con la emisión de adecuados informes de sostenibilidad por parte de las empresas en las que trabajan. Para mantener los mecanismos necesarios para impulsar la sostenibilidad, las organizaciones, gobiernos, autoridades fiscales, reguladores de mercados y otros usuarios de la información necesitan contar con información comprensible, comparable, cuantificable, relevante y fiable. Los informes de RSEC, al igual que los estados financieros, no solo deben informar de lo realizado en el pasado, sino también informar de sus compromisos.

El informe de RSEC debe asegurar que la compañía y los diferentes agentes interesados tengan la información disponible para mantener los mecanismos que realzan la sostenibilidad. Por tanto, son necesarios informes respecto a la actuación de la compañía y los procesos para garantizar la fiabilidad de la información (ICAEW, 2004).

2.8.2. *Coalition for Environmentally Responsible Economies (CERES) y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)*

Global Reporting Initiative (GRI) fue elaborada conjuntamente por la *Coalition for Environmentally Responsible Economies (CERES)* y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en 2000 (GRI: 2011).

El *GRI* es un marco flexible, de carácter voluntario, que pretende guiar la forma de realizar informes referidos a la sostenibilidad, de tal manera que el lenguaje sea uniforme y los parámetros comunes, lo que facilita su comparabilidad.

La tercera versión de la guía, denominada «guía para la elaboración de memorias de sostenibilidad» (G3), es el estándar internacional más utilizado, fundamentalmente porque ha creado un lenguaje común. El contenido de G3 está estructurado en dos partes: la primera constituida por los principios y orientaciones para la elaboración de memorias, y una segunda parte que la constituyen los contenidos básicos.

El G3 se basa en los indicadores de desempeño, que son variables cuantitativas, o una relación entre variables, que permite medir el grado de cumplimiento del objetivo a evaluar. El contenido de los indicadores de desempeño del G3 aparece en el **cuadro 4**.

CUADRO 4. *Indicadores de desempeño de la guía para la elaboración de memorias de sostenibilidad (G3).*

1. Económicos	1. Desempeño económico 2. Presencia en el mercado 3. Impactos económicos indirectos
2. Sociales	1. Aspectos laborales 2. Derechos humanos
.../...	

.../...	3. Sociedad 4. Responsabilidad sobre los productos
3. Medioambientales	1. Aspectos materiales 2. Aspectos de energía 3. Aspectos de agua 4. Biodiversidad 5. Emisiones, vertidos y residuos 6. Productos y servicios 7. Cumplimiento normativo 8. Transporte 9. General

FUENTE: *Elaboración propia a partir de G3 del GRI.*

El 26 de mayo de 2010 se publicó la Guía G3.1 que incluye novedades en derechos humanos, género y comunidad. Además, en esa misma fecha, el GRI plantea sus dos objetivos a largo plazo. En 2015 todas las empresas situadas en países de la OCDE o en economías emergentes deberán informar públicamente sobre su desempeño ambiental, social y de gobierno corporativo. En 2020 todas las empresas deberán publicar Informes de RSCE; en caso de no publicarlo deben explicar la razón (al igual que el gobierno danés incluyó el principio *comply or explain*).

A más largo plazo, el GRI pretende que las empresas rindan cuentas públicamente sobre el desempeño social, laboral, ambiental y de gobierno corporativo al mismo nivel que sobre los datos financieros.

3. CONCILIACIÓN ENTRE COSTES SOCIALES Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y CORPORATIVA

Las empresas, a través de los informes de RSEC, intentan dar una imagen de que están interesadas en proteger a los ciudadanos, sus empleados y al medio ambiente.

Para que la información sea completa, el futuro pasa porque los Informes de RSEC de las empresas muestren la lealtad de la compañía a la globalidad de la sociedad, y cada uno de sus miembros, con información sobre los esfuerzos que está realizando la empresa para reducir todos y cada uno de los costes sociales.

En el **cuadro 5** se realiza una comparación entre las diferentes versiones de Informes de RSEC y los contenidos allí encontrados.

CUADRO 5. Contenidos de cada versión de Informes de RSEC.

Dimensiones		RSC		ONU. Normas empresas transnacionales	ONU. Global Compact	OIT	OCDE	UE. Libro Verde	Clarkson	Nippon Keidanren	Keizai Doyukai	Global Sullivan	Balanced Score modificado	BS 7750	TQEM	AA1000	SA8000	UE. EMAS	GRI
Derechos humanos																			
Seguridad y salud en el trabajo		Sí	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	Sí
Trabajo infantil		Sí	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	Sí
Trabajo forzoso		Sí	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	Sí
Libertad de asociación/negociación colectiva		Sí	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	Sí
Remuneraciones		Sí	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	Sí
Derechos pueblos en vías de desarrollo		Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	Sí
Nombramiento de responsable en área de recursos humanos		NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	Sí
Medidas disciplinarias		Sí	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	Sí
Comportamiento del personal de seguridad		Sí	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Horas de trabajo/horas extra		Sí	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	NO
Medio ambiente																			
Principio de precaución		Sí	Sí	NO	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Ciclo de vida del producto		Sí	NO	NO	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí
Participación de los stakeholders en cuestiones ambientales		Sí	Sí	NO	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí (solo proveedores)
Responsable de área medioambiental		Sí	NO	NO	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí
Formación medioambiental a los empleados		Sí	NO	NO	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí
		...																	

Dimensiones	RSC	ONU. Normas empresas transnacionales	ONU. Global Compact	OIT	OCDE	UE. Libro Verde	Clarkson	Nippon Keidanren	Keizai Doyukai	Global Sullivan	Balanced Scorecard modificado	BS 7750	TQEM	AA1000	SA8000	UE. EMAS	GRI
...																	
Existencia de códigos de conducta medioambiental		Sí	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí
Política pública sobre cuestiones medio-ambientales		Sí	NO	NO	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	Sí
Trabajadores																	
No discriminación		Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	NO	NO	NO	Sí	Sí	NO	Sí
Formación		Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	NO	NO	NO	Sí	Sí	NO	Sí
Reducciones de plantilla/despidos		NO		Sí	Sí	Sí	NO	NO	Sí	Sí	NO	NO	NO	Sí		NO	
Acoso/abusos		Sí	Sí	Sí	NO	Sí	NO	NO	Sí	Sí	NO	NO	NO	Sí	Sí	NO	Sí
Cuidado de infancia		Sí	Sí	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	NO
Cuidado de tercera edad		NO	Sí	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Consumidores																	
Marketing/publicidad		Sí	NO	NO	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Calidad del producto		Sí	NO	NO	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Seguridad del producto		Sí	NO	NO	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Privacidad del consumidor		NO	NO	NO	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Tratamiento de productos defectuosos y gestión de quejas		NO	NO	NO	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Accionistas																	
Derechos de los accionistas		NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	NO	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Resto de stakeholders																	
Proveedores		NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Competidores		NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO
																	.../...

RSC Dimensiones	ONU. Normas empresas transnacionales	ONU. Global Compact	OIT	OCDE	UE. Libro Verde	Clarkson	Nippon Keidanren	Keizai Doyukai	Global Sullivan	Balanced Score modificado	BS 7750	TQEM	AA1000	SA8000	UE. EMAS	GRI
...																
Conducta empresarial																
Cumplimiento de la legislación	Sí	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	Sí
Actitud competitiva	Sí	NO	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Corrupción/soborno	Sí	Sí	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Propiedad de la información/derechos de propiedad intelectual	Sí	NO	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Prácticas ilegales	Sí	NO	NO	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Implicación en la Comunidad																
Empleo de mano de obra local	NO	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Empleo con colectivos con dificultades de acceso al empleo	NO	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Fomento del desarrollo económico de la comunidad	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Fomento del desarrollo social de la comunidad	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	NO	Sí	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Mecenazgo	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí
Ubicación física																
Riesgos de la deslocalización	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Riesgos de la superconcentración	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO
«Obsolescencia planificada»																
Medidas para evitar «obsolescencia planificada»	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO

FUENTE: *Elaboración propia con adaptación parcial de GORDON (2001) y RIVERA (2007).*

Para mostrar una información completa de los esfuerzos realizados para reducir los costes sociales, los Informes de RSEC deberían ofrecer información, por un lado, sobre las medidas que ha tomado la empresa para aumentar la vida útil de sus productos apartándose de la «obsolescencia planificada» de producción y, por el otro, sobre las medidas tomadas para desarrollar las comunidades locales y ubicarse en zonas que no proporcionen unos niveles excesivos de deslocalización y superconcentración.

La comunicación de los esfuerzos realizados para reducir los costes sociales ayudará a mejorar su reputación frente a clientes, proveedores, acreedores, consumidores y sociedad en general, pero además, será un dato más a tener en cuenta por los inversores a la hora de que la empresa, o sus participaciones, sean elegidas frente a otros productos alternativos de inversión en el mercado de capitales.

4. CONCLUSIONES

Con la actual crisis económica, la sensibilidad hacia la RSEC no disminuirá, pero sí variará, porque las empresas tendrán reticencias a invertir en temas sociales y medioambientales, que son los elementos que la compañía considera que son las menos rentables económicamente a corto plazo; sin embargo, el proceso de RSEC está lo suficientemente avanzado, e incrustado en la filosofía del tejido empresarial, como para que bruscamente desaparezca: el proceso del RSEC ya es imparable.

En la actualidad existe una crisis financiera y económica, pero sobre todo es una crisis de confianza. Con la crisis se dejará de poner el acento en cuestiones medioambientales o de género, y se pondrá el acento en el buen gobierno y la transparencia. En el futuro, los contenidos de la RSEC se ampliarán en tres temas: gobierno de la organización (buen gobierno, acceso al conocimiento, protección de patentes, propiedad intelectual y derechos de autor), ubicación física (beneficios y costes sociales por la ubicación física de las actividades, riesgos de deslocalización y superconcentración) y las medidas tomadas por la empresa para disminuir la «obsolescencia programada».

Bibliografía

- ABRAMOVITZ, M. [1990]: *Thinking about growth and other essays of economic growth and welfare*, Business & Economics, Cambridge University Press, Cambridge.
- ÁLVAREZ ETXEBERRÍA, I. [2009]: «Las memorias de sostenibilidad: un instrumento para la gestión de la sostenibilidad», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n.º 144, octubre-diciembre, págs. 677-697.
- ÁLVAREZ ETXEBERRÍA, I. y GARAYAR ERRO, A. [2007]: «Incidencia de la GRI de emisiones en las memorias de sostenibles», *Ekonomiaz* (monográfico: «Responsabilidad social de la empresa más allá de la sabiduría convencional»), n.º 65, págs. 319-341.

- [2006]: «La responsabilidad social corporativa en las memorias de sostenibilidad. Una aproximación al estado de la cuestión», *Responsabilidad Social e Información Medioambiental de la Empresa*, AECA, págs. 101-120.
- American Accounting Association (AAA) [1957]: «Accounting and reporting standard for corporate financial statements», AAA, Sarasota, Florida (*Accounting Review*, october).
- Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA) [2011]: Informe Anual 2010, AECA, Madrid.
- [2004]: *Marco conceptual de la responsabilidad social corporativa*, AECA, Madrid.
- BAUMOL, W. [1964]: *Business behavior, value and growth*, MacMillan Company, New York.
- BBVA [2011]: *Informe Anual 2010*, BBVA, Madrid.
- BLACCONIERE, W.G. y PATTEN, D.M. [1994]: «Environmental disclosures, regulatory costs, and changes in firm value», *Journal of Accounting and Economics*, 18, págs. 357-377.
- BOWEN, H.R. [1953]: *Social Responsibilities of the Businessman*, Harper & Row, New York.
- BROCK, H.R. y PALMER, C.E. [1981]: *Accounting Principles and Applications*, McGraw-Hill, New York.
- BROWN, N. y DEEGAN, C. [1999]: «The public disclosure of environmental performance information: a dual test of media agenda setting theory and legitimacy theory», *Accounting and Business Research*, 37 (1), págs. 21-41.
- BULOW, J. [1986]: «An Economic Theory of Planned Obsolescence», *Quarterly Journal of Economics*, 101, págs. 729-749.
- CALVO, J.A.; GARAYAR, A. y ÁLVAREZ, I. [2007]: «Informes de sostenibilidad: el estado del arte», *Cuadernos Aragoneses de Economía*, 17 (1), págs. 63-98.
- CAMPBELL, D.J. [2000]: «Legitimacy theory or managerial reality construction? Corporate social disclosure in Marks and Spencer Plc corporate reports, 1969-1997», *Accounting Forum*, 24 (1), págs. 80-100.
- CARROL, A.B. [1991]: «The pyramid of Corporate social responsibility: Toward the moral management of organizational stakeholders», *Business horizons*, 34 (4), págs. 39-48.
- [1983]: «Corporate social responsibility: Will industry respond to cutbacks in social program funding?», *Vital Speeches of the Day*, 49, págs. 604-608.
- [1979]: «A three dimensional conceptual model of corporate performance», *Academy of Management Review*, 4 (4), págs. 497-505.
- CASTAÑO TAMAYO, R.A. [2004]: *La publicidad un freno al desarrollo. Elementos para un juicio crítico sobre la llamada industria publicitaria*, Sello Editorial, Medellín.
- CHO, C.H. [2009]: «Legitimation Strategies Used in Response to Environmental Disaster: A French Case Study of Total SA's Erika and AZF Incidents», *European Accounting Review*, 18 (1), págs. 33-62.
- CHO, C.H. y PATTEN, D.M. [2007]: «The role of environmental disclosures as tools of legitimacy: a research note», *Accounting, Organizations and Society*, 32 (7), págs. 639-647.
- CHUA, W.F. [2005]: *Extended performance reporting: An overview of techniques*, The Institute of Chartered Accountants in Australia, Sydney.
- CLARKSON, M.B.E. [1995]: «A Stakeholder framework for analyzing and evaluating corporate social performance», *Academy of Management Review*, 20 (1), págs. 92-117.
- Committee for Economic Development [1971]: *Social responsibilities of business corporations*, Committee for Economic Development, New York.
- CRiado, I.; FERNÁNDEZ, M.; HUSILLOS, F.J. y LARRINAGA, C. [2008]: «Compliance with mandatory environmental reporting in financial statements: the case of Spain (2001-2003)», *Journal of Business Ethics* 79 (3), págs. 246-272.

- DAVIS, K. [1973]: «The case for against business assumption of social responsibilities», *Academy of Management Journal*, 16, págs. 312-322.
- [1960]: «Can business afford to ignore social responsibilities?», *California Management Review*, 2, págs. 70-76.
- DAVIS, K. y BLOMSTROM, R.L. [1966]: *Business and its environment*, McGraw-Hill, New York.
- DEEGAN, C. [2002]: «The legitimizing effect of social and environmental disclosures: a theoretical foundation», *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, 15 (3), págs. 282-311.
- DEEGAN, C. y RANKIN, M. [1997]: «The materiality of environmental information to users of annual reports», *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, 10 (4), págs. 562-583.
- DEEGAN, C.; RANKIN, M. y VOGHT, P. [2000]: «Firms' disclosure reactions to major social incidents: Australian evidence», *Accounting Forum*, 24 (1), págs. 101-130.
- DE LA DEHESA, G. [2002]: *Comprender la globalización*, Alianza Editorial, Madrid.
- ELKINGTON, J. [1997]: *Cannibals with forks: the triple bottom line of the 21st Century Business*, Capstone, Oxford.
- EPSTEIN, E. [1987]: «The corporate social policy process: beyond business ethics, corporate social responsibility and corporate social responsiveness», *California Management Review*, 29 (3), págs. 99-114.
- FERNÁNDEZ, R. [2005]: *Administración de la Responsabilidad Social Corporativa*, Thompson Editores, Madrid.
- FIGGE, F. y HAHN, T. [2004]: «Sustainable Value Added –Measuring Corporate Contribution to Sustainability», *Ecological Economics*, 2, págs. 173-187.
- FITCH, H.G. [1976]: «Achieving Corporate Social Responsibility», *Academy of Management Review*, 1 (1), págs. 38-46.
- FREDERICK, W. C. [1960]: «The growing concern over business responsibility», *California Management Review*, 2 (4), págs. 54-61.
- FREEDMAN, M.; PATTEN, D. M. [2004]: «Evidence on the pernicious effect of financial report environmental disclosure» *Accounting Forum*, 28, págs. 27-41.
- FREEMAN, R.E. [1984]: *Strategic Management: A Stakeholder approach*, Pitman, Boston.
- Fundación Corresponsables [2010]: *Anuario PYMES 2010*, Fundación Corresponsables, Barcelona.
- GARCÍA-AYUSO, M. y LARRINAGA, C. [2003]: «Environmental Disclosure in Spain: Corporate Characteristics and Media Exposure», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 32 (115), págs. 184-214.
- GARZA, G. y PARTIDA, V. [1988]: *Hacia la superconcentración espacial*, Demos Carta Demográfica sobre México, México.
- Gemi [2009]: *Enhancing Our Commitment to a Sustainable Future: 2009 Progress report*. London.
- Global Reporting Initiative [2011]: *The 2002 Sustainability Reporting Guidelines*, September, www.global-reporting.org, consulta realizada el 15 de marzo de 2011.
- GRADY, P. [1966]: «Inventory of generally accepted accounting principles for business enterprises», *Accounting Research Study* n.º 7 (ARS n.º 7), American Institute of Certified Public Accountants, New York.
- GALVÁN FERNÁNDEZ, F. [2006]: *La economía: El mundo reciente (1985-2000)*, Ediciones Idea, Madrid.
- GILMAN, S. [1939]: *Accounting concepts of profit*, The Ronald Press Company, New York.
- GONZÁLEZ, G. [1993]: «Distribución de la población, ambiente y análisis regional», en IZAZOLA, H.; LERNER, S.: *Población y ambiente. ¿Nuevas interrogantes a viejos problemas?*, Sociedad Mexicana de Demografía. El Colegio de México y The Population Council, México.
- GRAY, R.H.; KOUHY, R. y LAVERS, S. [1995]: «Corporate social and environmental reporting: a review of the literature and a longitudinal study of UK disclosure», *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, 8 (2), págs. 47-77.

- GRAY, R.; OWEN, D. y ADAMS, C. [1996]: *Accounting and Accountability*, Prentice-Hall Europa, London.
- KAPP, K.W. [1977]: *The Social Costs of Business Enterprise* (2nd revised and enlarged edition of Social Costs of Private Enterprise 1950), Spokesman University Paperback, Nottingham.
- HENDRIKSEN, E.S. [1982]: *Accounting Theory*, Irwin, Homewood, Illinois.
- HUSILLOS, F.J. [2007]: «Una aproximación desde la teoría de la legitimación a la información medioambiental revelada por las empresas españolas cotizadas», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 37 (133), págs. 97-122.
- ICAEW [2004]: *Information for better markets sustainability the role of accountants*, ICAEW, London.
- JOHNSON, D.S. [1998]: «Identification and selection of environmental performance indicators: Application of the Balanced Scorecard Approach», *Corporate Environmental Strategy*, 5 (4), págs. 35-41.
- JOHNSON, H.L. [1971]: *Business in contemporary society: Framework and issues*, Wadsworth, Belmont, California.
- JONES, T.M. [1995]: «Instrumental Stakeholders theory: A synthesis of ethics and economics», *Academy of Management Review*, 20 (2), págs. 404-437.
- [1980]: «Corporate social responsibility revisited, redefined», *California management Review*, 33(3), págs. 59-67.
- KAPLAN, R. y NORTON, D. [1993]: *Cuadro de Mando Integral*, Gestión 2000, Barcelona.
- INSTITUTE OF SOCIAL AND ETHICAL ACCOUNTABILITY [2011]: *AA1000 Assurance Standard*, www.accountability.org.uk, consulta realizada el 15 de marzo de 2011.
- LARRINAGA, C.; MONEVA, J. M.; LLENA, F.; CARRASCO, F. y CORREA, C. [2002]: «Accountability and accounting regulation: The case of the Spanish environmental disclosure standard», *European Accounting Review*, 11 (4), págs. 723-740.
- LLENA, F.; MONEVA, J.M. y HERNÁNDEZ, B. [2007]: «Environmental Disclosure and compulsory accounting standards: The case of Spanish annual reports», *Business Strategy and the Environment*, 16 (1), págs. 50-63.
- LONDON, B. [1932]: *Ending the depression through planned obsolescence*, Self-published, New York.
- MANNE, H.G. y WALLICH, H.C. [1972]: *The modern corporation and social responsibility*, American Enterprise institute for public Policy Research, Washington.
- MC GUIRE, J.W. [1963]: *Business and society*, McGraw-Hill, New York.
- MEIGS, W.R.; JOHNSON, C.E. y MEIGS, R.F. [1977]: *Accounting. The Basis for Business Decisions*, McGraw-Hill, Tokio.
- MONEVA, J.M. [2007]: «El marco de la información sobre responsabilidad social en las organizaciones», *Ekonomiaz*. Monográfico «Responsabilidad social de la empresa más allá de la sabiduría convencional», 65, págs. 285-317.
- 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*, 25 (87), págs. 341-402.
- MOONITZ, M. [1973]: *Changibrockng Prices and Financial Reporting*, ICRA, Lancaster.
- NORVERTO LABORDA, M.C. [1996]: «Los principios contables en el Plan General de Contabilidad», *Actualidad Financiera*, marzo, págs. 87-103.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU) [2011]: *Pacto mundial de las Naciones Unidas*, www.unglobalcompact.org, consulta realizada el 15 de marzo de 2011.
- [2003]: *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto de 2003.

- Organización Internacional del Trabajo (OIT) [2011]: *Declaración tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*, www.ilo.org, consulta realizada el 15 de marzo de 2011.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) [2004]: *El medio ambiente y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales: Herramientas y enfoques empresariales*. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/6/47/35914152.pdf>, consulta realizada el 15 de marzo de 2011.
- [2001]: «Codes of Corporate Conduct: Expanded Review of their Contents», *Working Papers on International Investment*, Number 2001/6.
- PATTEN, D.M. [1992]: «Intra-industry environmental disclosures in response to the Alaskan oil spill: a note on legitimacy theory», *Accounting, Organizations and Society*, 17 (5), págs. 471-475.
- PATTEN, D.M. y CRAMPTON, W. [2004]: «Legitimacy and the internet: an examination of corporate web page environmental disclosures», *Advances in Environmental Accounting and Management*, 2, págs. 31-57.
- PATON, W.A. [1922]: *Accounting Theory. With Special Reference to the Corporate Enterprise*, The Ronald Press Company, New York.
- PATON, W.A. y LITTLETON, A.C. [1940]: *Accounting Research n.º 3: An introduction to corporate accounting standards*, AAA, Chicago.
- PRADA, R. [2002]: *Creatividad e Innovación Empresarial*, Tecno-Press, Colombia, 2002.
- RICHARDSON, A. [1987]: «Accounting as a legitimating institution», *Accounting, Organizations and Society*, 12 (4), págs. 341-355.
- RIVERA, J.M. [2007]: *Políticas Públicas, Empresa y Desarrollo Sostenible. Un Enfoque Integral de Evaluación*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, Castellón.
- RIVERO TORRE, P. [2010]: «Responsabilidad social corporativa e información financiera», *Rafael Muñoz. Empresario y Docente*, AECA, Madrid, págs. 185-194.
- SACCONI, L. [2006]: «A social contract account for CSR as an Extended model of corporate governance (I): Rational Bargaining and justification», *Journal of Business Ethics*, 68 (3), págs. 259-281.
- SCHWARTZ, M.S. y CARROL, A.B. [2003]: «Corporate social responsibility: A three-domain approach», *Business Ethics Quarterly*, 13 (4), págs. 503-530.
- SETHI, S. [1975]: «Dimensions of corporate social performance: An analytic framework», *California Management Review*, 17, págs. 58-64.
- SHAMEEK, K. y COHEN, M. [1997]: «Information as regulation: The effect of community right-to-know laws on toxic emissions», *Journal of Environmental Economics and Management*, 32, págs. 109-124.
- SHORT, D.G. [1993]: *Fundamentals of Financial Accounting*, Richard D. Irwin, Illinois.
- Social Accountability International (SAI) [2011]: *Social Accountability 8000*, www.sa-intl.org, consulta realizada el 15 de marzo de 2011.
- Supreme Court [1976]: *Industries versus Nortway Inc.*, 426 U.S. 438,96S.Ct.2162,48aL. Ed. 2d 757. Washington.
- The Global Sullivan Principles [2011]: *The Global Sullivan Principles of Social Responsibility*, www.globalsullivanprinciples.org, consulta realizada el 15 de marzo de 2011.
- UNIÓN EUROPEA [2006]: Directiva 2006/46/CE por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, 83/349/CEE relativa a las cuentas consolidadas, 86/635/CEE relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de los bancos y otras entidades financieras, 14 de junio, Diario Oficial de la Unión Europea, Bruselas.
- [2003.a]: *Mapping Instruments for Corporate Social Responsibility*, abril, Comisión Europea, Bruselas.

- [2003.b]: Directiva 2003/51/CE, Consejo sobre las cuentas anuales consolidadas de determinadas formas de sociedades, bancos y otras entidades financieras y empresas del grupo. Boletín Oficial de la Unión Europea, Parlamento Europeo. Bruselas.
- [2002]: *Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible*, COM/2002/0347, Bruselas.
- [2001.a]: LIBRO VERDE: *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM(2001) 366 final (DOUE 18/7/2001). Comisión Europea, Bruselas.
- [2001.b]: *Recomendación de la Comisión relativa al reconocimiento, la medición, y la publicación de las cuestiones medioambientales en las cuentas anuales y los informes anuales de empresas*, Comisión Europea, CE/2001/453. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Bruselas.
- [2000.a]: *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*. Comisión Europea, Bruselas.
- [2000.b]: *Sistema voluntario de gestión y auditoría medioambiental (EMAS)*, Consejo, CE n.º 21/2000, Diario Oficial de la Unión Europea. Bruselas.

UNERMAN, J. [2000]: «Reflections on quantification in corporate social reporting content analysis», *Accounting Auditing and Accountability Journal*, 13 (5), págs. 667-680.

VEBLEN, T. [1919]: «Industrial and pecuniary employments», *The place of science in modern civilization and other essays*, The Viking Press, New York.

VITERI DÍAZ, G. [2011]: *Notas sobre globalización*, www.eumed.net/libros, consulta realizada el 15 de marzo de 2011.

WALTON, C.C. [2002]: *Corporate social responsibilities*, Wadsworth, Belmont, California.

WEMPE, J. y KAPTEIN, M. [2002]: *The balanced company. A theory of corporate integrity*, Oxford University Press, Oxford.

WHEELER, D. y SILLANPAA, M. [1998]: «Including the Stakeholders: The business case», *Long Range Planning*, 31 (2), págs. 201-210.

INTERPRETANDO EL ESTADO DE CAMBIOS DE PATRIMONIO NETO DE LAS COOPERATIVAS

JOSÉ L. GALLIZO LARRAZ

JORDI MORENO GENÉ

Universidad de Lleida

Extracto:

CON la adopción de las NIIF, el Estado de Cambios en el Patrimonio Neto (ECPN) ha adquirido un carácter obligatorio. En particular, para las cooperativas se requiere dicho estado en las cuentas que se cierran a final de 2011, o a lo largo de 2012, si el ejercicio no coincide con el año natural. Coincidiendo con su obligatoriedad, surge el interés por un estado contable tradicionalmente poco conocido en el ámbito cooperativista.

En este trabajo analizamos los documentos que integran el ECPN, y proporcionamos información sobre la inclusión de operaciones especialmente ligadas a la actividad de las cooperativas, como son las subvenciones de capital, los programas operativos, o la reclasificación del capital social, entre otras. Finalmente, también proponemos pautas a seguir para que los usuarios de la contabilidad de las cooperativas puedan afrontar el análisis del ECPN y extraigan conclusiones de toda la información que proporciona.

Palabras clave: análisis contable, estados financieros y sociedades cooperativas.

INTERPRETING THE STATEMENT OF CHANGES IN EQUITY OF COOPERATIVES

JOSÉ L. GALLIZO LARRAZ

JORDI MORENO GENÉ

Universidad de Lleida

Abstract:

WITH the adoption of IFRS the Statement of Changes in Equity is mandatory. This new situation has increased the interest in a statement, traditionally little known in the cooperative field. In this paper we analyze the documents making up this statement, and we also provide information on the appropriate accounting treatment for some very common operations in the cooperative societies, such as capital grants, operational programs, or reclassification of social capital. Finally, we also propose guidelines to follow for users of cooperatives accounts to deal with the analysis of the financial statements and extract all the information that it provides.

Keywords: financial analysis, financial statements and cooperatives.

Sumario

1. Introducción.
2. El ECPN.
 - 2.1. El EIGR.
 - 2.2. Puntos de interés para el análisis.
 - 2.3. El ETCPN. Variaciones más relevantes.
3. Pautas para el análisis del ECPN.
 - 3.1. Porcentajes horizontales y verticales.
 - 3.2. Análisis del EIGR.
 - 3.3. Análisis de la masa de PN.
 - 3.4. Análisis del ETCPN.
 - 3.5. Interpretación de los resultados para las sociedades cooperativas.
4. Ejemplo de interpretación de un caso práctico.
5. Resumen y conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se refiere al Estado de Cambios en el Patrimonio Neto (ECPN) un estado contable sin tradición en la normativa contable de cooperativas y en consecuencia poco conocido y poco utilizado por los gestores de esas entidades.

Es a partir de la promulgación de las normas para sociedades cooperativas, Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, cuando se logra poner en sintonía los criterios contables de las cooperativas con las Normas Internacionales de Información Financiera adoptadas por la Unión Europea (NIIF). Es también en dicha orden donde el nuevo estado contable aparece dentro del conjunto de información obligatoria y, por tanto, cuando su conocimiento y divulgación se considera relevante para los gerentes y usuarios de la contabilidad de las cooperativas, que hasta el momento no habían reparado en la utilidad del mencionado estado contable.

Aquí analizamos los documentos que integran el ECPN, y proporcionamos información sobre la inclusión de operaciones especialmente ligadas a la actividad de las cooperativas, como son las subvenciones de capital, los programas operativos, o la reclasificación del capital social, entre otras. También, proponemos pautas a seguir para que los usuarios de la contabilidad de las cooperativas puedan afrontar el análisis del ECPN y puedan extraer conclusiones de la información que aporta.

2. EL ECPN

El ECPN es un estado contable histórico de elaboración anual que informa de las variaciones habidas en el Patrimonio Neto (PN) de la entidad. Su presentación es especialmente útil para los socios, por ayudar a comprender en qué medida el patrimonio de la cooperativa se ha incrementado o disminuido a lo largo del periodo por operaciones diferentes de las que se incorporan en el cálculo de la cuenta de pérdidas y ganancias.

Esta información que podría obtenerse de otros documentos contables, en el ECPN tiene la ventaja de presentarse de forma sistemática haciendo referencia a los hechos que han conducido a tales variaciones. Por tanto, el verdadero valor de la información que aporta el ECPN está en informar sobre los motivos que hacen aumentar o reducir el PN a través de operaciones con socios, de ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio, de generar excedente cooperativo, así como de ajustes derivados de errores o cambios de criterios contables (ALEXANDER y ARCHER, 2010). En este sentido, la presencia del criterio de valor razonable supone contabilizar operaciones que antes de su vigencia no tenían ningún reflejo en los registros contables y ahora se expresan en el ECPN.

En la elaboración del ECPN interesa la totalidad del PN de la cooperativa que figura en la agrupación A) del Balance, la cual está formada por tres apartados: A-1) Fondos propios, A-2) Ajustes por cambios de valor y A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos. Con esta clasificación que da el Plan General de Contabilidad (PGC) se clarifica el concepto de PN, eliminando cualquier confusión que pudiera existir sobre la delimitación del concepto y, por tanto, de las partidas que deben analizarse dentro del ECPN.

Deben diferenciarse las operaciones según afecten, o no, directamente a los socios. Bajo este criterio, las operaciones pueden ser de dos tipos:

- Variaciones del patrimonio que tienen su origen en las relaciones de la cooperativa con los socios, en cuanto a aportaciones o devoluciones de fondos y reparto de excedentes cooperativos.
- Variaciones de patrimonio en las que no intervienen los socios, afectando directamente a reservas o a la formación del excedente cooperativo (AECA, 2009).

La distinción de estos dos tipos de variaciones es importante para interpretar adecuadamente el estado contable. Pudiendo, a partir de él, obtener conclusiones de las políticas llevadas a cabo en la gestión de la cooperativa, como por ejemplo en el reparto de excedentes, en decisiones de financiación interna o de mantenimiento o ampliación de la capacidad productiva de la cooperativa (GALLIZO y MORENO, 2010).

En cuanto a su contenido, el PN de las cooperativas estará constituido por: a) los fondos propios, b) los ajustes por cambios de valor, y c) las subvenciones, donaciones y legados recibidos.

Dentro de los fondos propios se distinguen:

- El capital social, en los términos previstos en la norma segunda, 1.1.2.1., de las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas, cuyo reembolso pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector.
- Las reservas procedentes de beneficios generados en ejercicios anteriores o aportadas por los propios socios; entre otras, las reservas voluntarias, el fondo de reserva obligatorio no reintegrable o las reservas especiales como la reserva derivada de revalorizaciones legales del activo.
- Otras partidas, con signo positivo: el excedente positivo de la cooperativa, las aportaciones de socios para compensación de pérdidas, el remanente, otros instrumentos de PN emitidos por la sociedad cooperativa y los fondos subordinados a que se refiere la norma quinta, que figuran en balance bajo la denominación de «fondos capitalizados».
- Otras partidas, con signo negativo: el excedente negativo de la cooperativa, el «retorno a cuenta», la remuneración de las aportaciones clasificadas como patrimonio (en particular, los fondos propios), los resultados negativos de ejercicios anteriores y, en su caso, las participaciones propias adquiridas.

Con el fin de separar la información relativa a ingresos y gastos, por un lado, y el resto de operaciones, por otro, la norma contable distingue dos partes en el ECPN que se concretan en dos documentos:

- Estado de Ingresos y Gastos Reconocidos (EIGR).
- Estado Total de Cambios en el Patrimonio Neto (ETCPN).

2.1. El EIGR

El EIGR recoge los cambios en el PN derivados de:

- El resultado del ejercicio de la cuenta de pérdidas y ganancias.
- Los ingresos y gastos que, según lo requerido por las normas de registro y valoración, deban imputarse directamente al PN de la cooperativa.
- Las transferencias realizadas a la cuenta de pérdidas y ganancias.

En este primer estado contable, no obligatorio para cooperativas pequeñas y medianas, se expresan los hechos que constituyen ingresos y gastos, ya pasen por pérdidas y ganancias, o lo hagan directamente por partidas de PN, dando origen a un resultado global, en tanto que se suman los

ingresos y gastos recogidos en pérdidas y ganancias con aquellos resultados que se incorporan directamente a las cuentas de patrimonio (véase modelo oficial, **cuadro 1**).

CUADRO 1. *Estado de ingresos y gastos reconocidos correspondiente al ejercicio terminado el... de 200X.*

N.º Cuentas		Notas en la memoria	200X	200X-1
	A) Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias			
(800), 900, (89), 991, 992	Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto			
	I. Por valoración instrumentos financieros			
	1. Activos financieros disponibles para la venta			
	2. Otros ingresos/gastos			
(810), 910	II. Por coberturas de flujos de efectivo			
94	III. Subvenciones, donaciones y legados recibidos			
(85), 95	IV. Por ganancias y pérdidas actuariales y otros ajustes			
(8300)*, 8301*, (833), 834, 835, 838	V. Efecto impositivo			
	B) Total ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto (I + II + III + IV + V)			
(802), 902, 993, 994	Transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias			
	VI. Por valoración de instrumentos financieros			
	1. Activos financieros disponibles para la venta			
	2. Otros ingresos/gastos			
(812), 912	VII. Por coberturas de flujos de efectivo			
(84)	VIII. Subvenciones, donaciones y legados recibidos			
8301*, (836), (837)	IX. Efecto impositivo			
	C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias (VI + VII + VIII + IX)			
	TOTAL DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS (A + B + C)			

La diferencia esencial de la cuenta de pérdidas y ganancias con este estado contable es que el contenido de la primera se limita a incluir partidas de gastos e ingresos que determinan el resultado del ejercicio, mientras que las ganancias y pérdidas directamente llevadas a patrimonio no se reconocen como parte del beneficio. En este estado se trata de presentar un resultado global del periodo,

para lo cual se expresan todos los resultados. En el primer apartado, se incluye el resultado del ejercicio y en el segundo y tercer apartado el resto de ingresos y gastos reconocidos.

2.2. Puntos de interés para el análisis

El EIGR consta de tres partes, cuya suma constituye el total de ingresos y gastos reconocidos. La parte A, constituye el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias. La parte B, recoge el total de ingresos y gastos imputados directamente en el PN y la parte C, las transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias.

Dado que en las cooperativas las operaciones más frecuentes que darán movimiento en este estado contable son las subvenciones de capital, les dedicaremos una especial atención. Estas deben ser ubicadas dentro del EIGR, en la categoría de «Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto», apartado B, y sus imputaciones anuales a resultados figurarán en el apartado C, de transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias.

2.2.1. Las subvenciones de capital

Son cantidades de efectivo no reintegrables otorgadas por terceros distintos a los socios y recibidas por la cooperativa para adquirir bienes de inmovilizado. Es en las cooperativas donde más a menudo se producen movimientos en esta cuenta por ser estas entidades beneficiarias de fondos procedentes de diversas entidades y organismos públicos que pretenden su promoción.

Cuando la subvención tenga el carácter de no reintegrable, la entidad tratará la misma como un ingreso imputable directamente en el PN, reconociendo tal ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias de forma correlacionada con el gasto derivado de la misma, de forma congruente con los criterios de registro. En caso contrario, se registrarán como un pasivo de la cooperativa hasta que adquieran la condición de no reintegrables.

Para las cooperativas, un motivo frecuente de obtención de subvenciones es que los fondos obtenidos sirvan para adquirir elementos de activo fijo. En tales casos, la imputación a resultados de las subvenciones, se hará en proporción a la amortización anual del inmovilizado, a su enajenación, corrección valorativa o baja (véase **ejemplo 1**).

EJEMPLO 1:

Una cooperativa obtiene una subvención de 8.000 u.m. para adquirir cierto inmovilizado. Suponiendo que existe acuerdo individualizado de concesión y que se han cumplido las condiciones establecidas para su concesión, su importe se recogerá en el EIGR (véase **cuadro 2**).

.../...

.../...

CUADRO 2. Estado de ingresos y gastos reconocidos con ejemplo de subvención de capital (EIGR)

	A) Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias		
	Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto		
(800), 900, (89), 991, 992	I. Por valoración instrumentos financieros		
	1. Activos financieros disponibles para la venta		
	2. Otros ingresos/gastos		
(810), 910	II. Por coberturas de flujos de efectivo	Nota 18	
94	III. Subvenciones, donaciones y legados recibidos		8.000
(85), 95	IV. Por ganancias y pérdidas actuariales y otros ajustes		
(8300)*, 8301*, (833), 834, 835, 838	V. Efecto impositivo		(1.600)
	B) Total ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto (I + II + III + IV + V)		6.400
	Transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias		
(802), 902, 993, 994	VI. Por valoración de instrumentos financieros		
	1. Activos financieros disponibles para la venta		
	2. Otros ingresos/gastos		
(812), 912	VII. Por coberturas de flujos de efectivo		
(84)	VIII. Subvenciones, donaciones y legados recibidos		(400)
8301*, (836), (837)	IX. Efecto impositivo		80
	C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias (VI + VII + VIII + IX)		320
	TOTAL DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS (A + B + C)		6.720

Obsérvese que en el apartado III se anotará la subvención por el importe concedido y que el apartado V, recogerá, con signo negativo, el gasto por impuesto sobre beneficios vinculado a la subvención. Por tanto, el saldo de la subvención se expresará en B, en ingresos imputados directamente al PN. Posteriormente, el apartado VIII recogerá la parte de subvención que se transfiere anualmente de PN a resultados, -400, importe que debe ser computado junto al efecto impositivo de 80. Así, la transferencia neta es 320 y el total de ingresos y gastos reconocidos, en este ejemplo, es de 6.720.

Esta última cifra transmite la idea de resultado global de la cooperativa, formado por el resultado tradicional de la cuenta de pérdidas y ganancias, más el resultado imputado directamente al PN, cifra, que luego será trasladada al ETCPN en la primera línea, justo después del saldo ajustado, en el punto B1 «Ingresos y gastos reconocidos».

2.2.2. Programas operativos

Los fondos operativos de las cooperativas son ayudas financieras procedentes de la Unión Europea, dirigidos a la articulación de las organizaciones de productores de frutas y hortalizas. Se nutren a partes iguales de las contribuciones financieras efectivas de los productores asociados, fijadas en función de las cantidades o el valor de las frutas y hortalizas efectivamente comercializadas en el mercado, así como con la ayuda económica comunitaria.

Cuando la cooperativa se acoja a los programas operativos previstos en la normativa europea [Reglamento (CE) 1234/2007 y 361/2008 del Consejo], el 50 por 100 de financiación de los mismos se tratará como subvenciones que, con carácter general, serán consideradas como de capital. Por su parte, las aportaciones de los socios a los fondos operativos se registrarán como dotaciones a reservas.

Estas contribuciones, en la medida en que sean aportaciones no reintegrables realizadas por los socios de la cooperativa, no constituyen ingresos, debiéndose registrar directamente en los fondos propios sin perjuicio del régimen jurídico que corresponda aplicar en relación con la disponibilidad de las citadas aportaciones (Orden EHA/3360/2010). Por eso, tanto en la parte de subvención como en la de aportaciones de socios, se trata de variaciones del PN que se recogerán en el ECPN.

EJEMPLO 2:

Una cooperativa agraria que tiene constituida una Organización de Productores de Frutas y Hortalizas (OPFH) ha obtenido financiación de programas operativos europeos por un importe de 90.000 euros. La entidad prevé llevar a cabo un proyecto de inversión para adquirir infraestructuras comunes de explotación. El programa requiere la aportación en efectivo de los socios por el mismo importe que el recibido.

El registro contable a realizar por la obtención de la subvención y por las aportaciones de los socios será el siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería	180.000	
940	Ingresos por subvenciones de capital		90.000
11	Reservas		90.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido (20% s/90.000)	18.000	
479	Diferencias temporarias impositivas de capital		18.000

.../...

.../...

El importe financiado con los programas operativos se considera una subvención de capital que tributará normalmente, a medida que se incorpore como ingresos al resultado del ejercicio, mientras que las aportaciones de los socios, por no constituir ingresos, se llevarán íntegramente a reservas, no estando sujetas esas aportaciones al régimen del Impuesto sobre Sociedades.

2.3. El ETCPN. Variaciones más relevantes

Es el segundo de los dos documentos que forman el ECPN. Informa de todos los cambios habidos en el PN. Por tanto, en él se incorpora el saldo de ingresos y gastos reconocidos, las variaciones originadas en el PN de la cooperativa por operaciones con los socios cuando actúen como tales, además de las restantes variaciones que se produzcan en el PN.

Entre las variaciones más relevantes están las que surgen por remuneración de aportaciones, cambios en criterios contables y errores y distribución de resultados.

2.3.1. Remuneración de aportaciones

La Orden sobre aspectos contables de las cooperativas indica que la remuneración de las aportaciones obligatorias y voluntarias al capital social y, en su caso, a la de otras partidas de patrimonio será establecida en los estatutos de la sociedad cooperativa o en el acuerdo del órgano competente. Dicha orden hace una distinción entre dos tipos de remuneraciones al capital que hay que tener en cuenta para la preparación de este estado contable:

- La remuneración que se acuerde por la cooperativa cuando las aportaciones se hayan calificado como fondos propios. Este reparto a los socios se considerará una distribución de resultados y, por lo tanto, supondrá una minoración directa del PN.
- La remuneración que recoja el importe de los intereses devengados del capital cooperativo, cuando este haya sido calificado como pasivo financiero. Se contabilizará como un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias, en la 6647, «Intereses de las aportaciones al capital cooperativo y de otros fondos calificados con características de deuda», cualquiera que sea el plazo de vencimiento.

Lo anterior supone que solo las remuneraciones recogidas en el primer punto tendrán reflejo en el ECPN por tratarse del reparto de un excedente, mientras que las segundas se consideran retribución a un pasivo financiero, que por ser gasto no afectan directamente al patrimonio.

2.3.2. Cambios en criterios contables y errores

El PGC indica que cuando se advierta un error en el ejercicio a que se refieren las cuentas anuales que correspondan a un ejercicio anterior al comparativo, se informará en la memoria, y se incluirá el correspondiente ajuste en el epígrafe A.II del ETCPN, de forma que el patrimonio inicial de dicho ejercicio comparativo será objeto de modificación para recoger la rectificación del error. En el supuesto de que el error corresponda al ejercicio comparativo, dicho ajuste se incluirá en el epígrafe C.II del ETCPN. Contablemente, el ingreso o gasto de ejercicios anteriores por las variaciones acumuladas de activos y pasivos se imputa en el ejercicio en el que se advierte el error contra reservas.

Las mismas reglas se aplicarán respecto a los cambios de criterio contable.

Supongamos que la sociedad «L,Coop» posee un saldo de reservas en el año 200X-1 de 10.000 y cometió un error en ese mismo año que supone amortizar 320 u.m. más de amortización, una vez eliminado su efecto impositivo (véase **cuadro 3**).

En el **cuadro 3**, se muestra el modo en que el ECPN determina, antes que ningún otro importe, el saldo ajustado del PN por motivos de errores o cambios de criterios o políticas contables que lleven a la entidad a hacer variar su PN.

CUADRO 3. *Ajustes por cambio de criterio y errores.*

	Reservas
A. SALDO, FINAL DEL AÑO 200X-1	10.000
I. Ajustes por cambios de criterio 200X-1 y anteriores	
II. Ajustes por errores 200X-1 y anteriores	(320)
B. SALDO AJUSTADO, INICIO DEL AÑO 200X	9.680

2.3.3. Distribución de resultados

La distribución del resultado positivo se hará contando con la dotación al fondo de reserva obligatorio, según los límites establecidos en la ley. Este fondo se destina a la consolidación, desarrollo y garantía de la sociedad cooperativa, con lo que dicha cuenta se identifica con una partida de los fondos propios, calificándose como una reserva legal.

El beneficio disponible después de haber deducido las dotaciones obligatorias se destinará, según establezcan los estatutos, o según haya acordado la Junta General, al retorno cooperativo de los socios, debiendo figurar en el pasivo corriente del balance dentro del epígrafe «Deudas a corto plazo con empresas del grupo, asociadas y socios», en particular podrá emplearse la cuenta 526, «Retorno

cooperativo a pagar a corto plazo» para recoger el reparto del beneficio disponible en los términos previstos en la ley. En consecuencia, *el reparto de retorno a los cooperativistas y la remuneración al capital, cuando sea discrecional, se contabilizarán como una minoración de los fondos propios.*

Otras aplicaciones del resultado son los fondos de reserva voluntarios, que se contabilizarán como un reparto del beneficio figurando en el PN. El carácter de voluntariedad supone que tanto en su dotación como en su destino, la Junta tiene libertad de decisión. Tendrán la misma consideración de voluntarios aquellas dotaciones al fondo de reserva obligatorio cuando se hagan en un importe superior al obligatorio.

Por último, según la orden, cabe una dotación directa al capital social, incrementando las aportaciones de los socios en los términos establecidos en la ley. Sin embargo, esta operación no traerá consigo el reconocimiento de una variación de valor en la inversión contabilizada por el socio.

2.3.4. Reclasificación del capital social

Una operación que se está produciendo en un gran número de cooperativas a lo largo de 2011 y continuará en 2012 es la de abrir una nueva clase del capital social atendiendo a los nuevos criterios de clasificación de los fondos propios y pasivo financiero recogidos en el PGC de 2007 y en la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre (véase **ejemplo 3**).

EJEMPLO 3:

Una cooperativa tiene un capital social por valor de 300.000 euros, constituido por aportaciones reembolsables en el momento de la baja del socio, que no están remuneradas y que se reembolsarán por el valor nominal. Los estatutos de la cooperativa establecen que cuando las cantidades reembolsadas superen el 35 por 100 del capital social, el Consejo Rector tendrá la facultad de rehusar dicho reembolso. De acuerdo con esta particularidad recogida en los estatutos, y como consecuencia de la definición de fondos propios dada por las NIIF, la cooperativa deberá reclasificar parte de su capital como un pasivo financiero.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
1000	Capital social cooperativo: aportaciones obligatorias	105.000	
1500	Capital social cooperativo a largo plazo considerado como pasivo financiero: aportaciones obligatorias		105.000

Con el objetivo de proteger su PN las cooperativas pueden establecer o modificar en los estatutos el límite por encima del cual el reembolso puede ser rehusado. Siguiendo con el ejemplo, supongamos que durante el ejercicio se han modificado los estatutos y que el límite ha pasado del 35 por 100 al 15 por 100.

.../...

.../...

En este caso se deben calcular los importes de fondos propios y de pasivo antes y después de la modificación estatutaria, y posteriormente llevar a cabo la reclasificación de las aportaciones de pasivos financieros a PN según corresponda.

Antes de la modificación: 35% de $300.000 = 105.000$ euros de pasivo financiero.

Después de la modificación: 15% de $300.000 = 45.000$ euros de pasivo financiero.

$105.000 - 45.000 = 60.000$. Hay que reclasificar 60.000 euros del pasivo financiero a fondos propios. La contabilización será la siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
1500	Capital social cooperativo a largo plazo considerado como pasivo financiero: aportaciones obligatorias	60.000	
1000	Capital social cooperativo: aportaciones obligatorias		60.000

3. PAUTAS PARA EL ANÁLISIS DEL ECPN

La finalidad de este apartado es facilitar a los usuarios de la información contable de las sociedades cooperativas pautas para abordar el análisis del ECPN. Dada la información que proporciona este estado, los usuarios de la información conocerán qué variaciones en el PN están causadas por el resultado de la compañía, por las operaciones con socios o bien por meros ajustes debido a la aplicación del criterio del valor razonable o por errores o cambios de criterio. Del mismo modo, el análisis nos dará información fiable sobre la estructura financiera y política de financiación de la cooperativa, así como también sobre la política de reembolso de las aportaciones de los socios, entre otras informaciones de interés y que a continuación señalamos.

3.1. Porcentajes horizontales y verticales

En primer lugar, resulta recomendable el cálculo y posterior análisis de los porcentajes horizontales y verticales tanto del EIGR como del ETCPN (LLORENTE, 2010).

Mediante el análisis de estos porcentajes obtendremos información de forma rápida y clara. Será útil comprobar el peso de los resultados de la cuenta de pérdidas y ganancias, sobre los ingresos y gastos imputados directamente al PN, o de las transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias sobre el resultado global que ha obtenido la cooperativa en el periodo (EIGR), así como la compo-

sición del PN y el peso de los grandes epígrafes del mismo (fondos propios, reservas, subvenciones...), o las principales causas de variación de cada una de estas partidas (ETCPN).

3.2. Análisis del EIGR

El EIGR distingue dos tipos de excedentes económicos, los realizados (recogidos en la cuenta de resultados, y sobre los que no existen dudas acerca de su materialización), y los no realizados (cuya evolución resulta mucho más incierta, y sobre los que únicamente obtenemos información a través del EIGR). De este modo, el EIGR representa el único documento que nos proporciona un resultado global obtenido por la cooperativa en el ejercicio.

En esta parte del análisis las principales cuestiones a abordar harían referencia a:

- Peso del resultado del ejercicio respecto del total.
- Impacto de los ingresos y gastos imputados directamente al PN y partidas principales al respecto.
- Porcentaje de las transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias: cuánto representan sobre el resultado total del ejercicio y sobre los ingresos y gastos directamente imputados al patrimonio.
- Peso de las subvenciones, donaciones y legados respecto del total de ingresos y gastos imputados directamente al PN.
- Impacto del efecto impositivo.
- Ajustes pendientes de transferir a resultados del ejercicio.

3.3. Análisis de la masa de PN

Como consecuencia de la «libertad de entrada y salida» de socios existente en las cooperativas (limitada por la definición de las NIIF sobre capital social), así como por las subvenciones y ayudas recibidas, el PN de las cooperativas representa una partida de cierta variabilidad en comparación con otros tipos de sociedades. Esta característica hace necesario un análisis de los elementos que conforman esta masa así como su evolución con el paso del tiempo.

En esta parte del análisis las principales cuestiones a abordar harían referencia a:

- Peso de los ajustes sobre el total de fondos propios y sobre el total de PN.
- Peso de las subvenciones sobre el total de PN.
- Peso y evolución de las reservas.
- Peso y evolución del capital social.

3.4. Análisis del ETCPN

Mediante este análisis, los usuarios obtendrán información sobre la forma y el tiempo en que los socios pueden recuperar sus aportaciones, así como la probabilidad de que tengan que realizar nuevas entregas de dinero según la propensión de la entidad a utilizar la financiación propia para acometer proyectos de inversión (ARCHEL *et al.*, 2010).

En esta parte del análisis las principales cuestiones a abordar harían referencia a:

- Impacto de los ajustes por errores y cambios de criterio en el saldo inicial y en los cambios en el PN.
- Impacto del EIGR (y de sus componentes) en los cambios en el PN.
- Impacto de las operaciones con socios en los cambios en el PN.
- Impacto de otras variaciones en los cambios en el PN.
- Partidas afectadas por ajustes por errores y cambios de criterios.
- Partidas afectadas por cambios explicados por el EIGR.
- Partidas afectadas por cambios explicados por operaciones con socios y propietarios.
- Partidas afectadas por otras variaciones en el PN.

3.5. Interpretación de los resultados para las sociedades cooperativas

El EIGR presenta un resultado global para el conjunto del periodo, incluyendo tanto los ingresos y gastos que determinan el resultado del ejercicio, como los imputados directamente al patrimonio. Sin embargo, para las sociedades cooperativas este estado suscita un elevado interés a raíz de la información que proporciona sobre el impacto de las subvenciones en los cambios en el PN. El análisis de esta información nos debe permitir valorar si la cooperativa es capaz de generar un resultado global positivo a través de sus actividades ordinarias de explotación, o si por el contrario se debe a la contribución de ayudas recibidas.

Si en el ETCPN observamos como la cooperativa obtuvo el año anterior un excedente cooperativo, y que este se destinó principalmente al incremento de las reservas (previa dotación de los correspondientes fondos obligatorios), se puede deducir que la cooperativa sigue una política de no reparto del excedente cooperativo, destinándose este principalmente a la reinversión en la propia cooperativa. En este caso los socios solo podrán recuperar su inversión cuando causen baja en la sociedad. Sin embargo, si la política seguida por la cooperativa es la de proporcionar el retorno cooperativo a los socios, estos estarán en condiciones de estimar el tiempo necesario para recuperar la inversión.

Si una cooperativa es propensa a la utilización de fuentes de financiación propias para acometer sus proyectos de inversión, estos van a requerir de nuevas aportaciones, ya sea a través de la entrada de nuevos socios en la cooperativa, o a través de nuevas aportaciones por parte de los socios de la misma.

Con la reforma, para que las aportaciones de los socios tengan la categoría de capital cooperativo, debe existir el derecho incondicional del Consejo Rector a rechazar el reembolso de dichas participaciones. En el apartado de operaciones con socios, se registran las altas y las bajas que se producen en el capital social cooperativo, unos movimientos que nos proporcionan información sobre la aplicación de este derecho incondicional y, en definitiva, sobre el menor o mayor seguimiento del principio cooperativo de libertad de entrada y salida.

Precisamente, con la definición que hacen las NIIF sobre el capital social, muchas cooperativas vieron como parte de su capital social cooperativo se convertía en un pasivo financiero (aquellas participaciones sobre las que el Consejo Rector no tiene un derecho incondicional a rehusar el reembolso). No obstante, existe la posibilidad que mediante acuerdo de la Junta General, se pueda fijar el derecho incondicional a rehusar el reembolso de las aportaciones (pudiendo causar baja los socios que votaron en contra, y teniendo derecho al cobro de las cantidades oportunas). Mediante el ETCPN, y a través del epígrafe «conversión de pasivos financieros en patrimonio neto», se puede observar si efectivamente se ha llevado a cabo, y en qué proporción, la reclasificación de las aportaciones de los socios de nuevo como fondos propios, recuperando de este modo los niveles de fondos propios previos a la adopción de las NIIF.

El ECPN también informa, con un carácter más general, sobre los errores y cambios de criterio que afectan a las cuentas de años anteriores. Una información que resulta de gran utilidad a la hora de detectar maquillajes contables y su impacto sobre las cuentas anuales.

Finalmente, el ECPN nos debe permitir evaluar si el crecimiento del PN es equilibrado en relación con las inversiones que efectúa la cooperativa y con las deudas. Que el incremento del PN sea, o no, proporcional a sus inversiones nos servirá de indicador de la solidez de su estructura financiera.

4. EJEMPLO DE INTERPRETACIÓN DE UN CASO PRÁCTICO

En este apartado proponemos un ejemplo sobre cómo poner en práctica el análisis del ECPN presentado en el apartado anterior.

Suponemos que la cooperativa agrícola «COPALASA» presenta el siguiente ECPN al final del ejercicio 201X.

A) EIGR.

B) ETCPN.

	Capital cooperativo escriturado	Prima emisión	Fondo de reserva obligatorio	Fondo de reserva voluntario	Resultados de ejercicios anteriores	Otras aport. de socios	Excedente de la cooperativa	(Retornos y remuner. a cuenta)	Fondos capitalizados	Otros instrumentos de patrimonio neto	Ajustes por cambios de valor	Subvencio- nes, dona- ciones y legados	TOTAL
A. SALDO, FINAL DEL AÑO 201X-2	450.000		4.500	1.800			5.800	(100)	2.000				464.000
I. Ajustes por cambios de criterio 201X-2 y anteriores				(400)									(400)
II. Ajustes por errores 201X-2 y anteriores													
B. SALDO AJUSTADO, INICIO AÑO 201X-1	450.000		4.500	1.400	5.800			(100)	2.000				463.600
I. Total ingresos y gastos reconocidos							4.600				(245)	2.079	6.434
II. Operaciones con socios y partícipes	85.000			500	(500)			100					85.100
1. Aumentos de capital	5.000			500									5.500
2. (-) Reducciones de capital	(30.000)												(30.000)
3. Conversión pasivos financieros en patrimonio neto	110.000												110.000
4. Otras operaciones con socios y partícipes													
5. Distribución retorno cooperativo					(500)			100					(400)
III. Otras variaciones del patrimonio neto			2.900	2.400	(5.300)								0
C. SALDO, FINAL DEL AÑO 201X-1	535.000		7.400	4.300	0		4.600		2.000		(245)	2.079	555.134
I. Ajustes por cambios de criterio 201X-1				(2.000)									(2.000)
II. Ajustes por errores 201X-1													
D. SALDO AJUSTADO, INICIO AÑO 201X	535.000		7.400	2.300	4.600				2.000		(245)	2.079	553.134
I. Total ingresos y gastos reconocidos							3.400				182	3.423	7.005
II. Operaciones con socios y partícipes	0				(400)								(400)
1. Aumentos de capital	3.000												3.000
2. (-) Reducciones de capital	(3.000)												(3.000)
3. Conversión pasivos financieros en patrimonio neto													
4. Otras operaciones con socios y partícipes					(400)								(400)
5. Distribución retorno cooperativo			2.300	1.900	(4.200)								0
III. Otras variaciones del patrimonio neto			9.700	4.200	0		3.400		2.000		(63)	5.502	559.739
E. SALDO, FINAL DEL AÑO 201X	535.000		9.700	4.200	0		3.400		2.000		(63)	5.502	559.739

A continuación procedemos a su análisis mediante los puntos definidos en el guión propuesto en el apartado anterior.

1. Cálculo de los porcentajes horizontales y verticales de los documentos que componen el ECPN, así como el cálculo de los porcentajes de los elementos que componen la masa de PN

Porcentajes del estado de ingresos y gastos reconocidos.

	% Verticales		% Horizontales
	201X	201X-1	201X s/201X-1
A) Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias	48,54%	71,50%	-26,09%
Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto			
I. Por valoración instrumentos financieros	3,71%	-5,44%	174,29%
1. Activos financieros disponibles para la venta	3,71%	-5,44%	174,29%
2. Otros ingresos/gastos	-	-	
II. Por coberturas de flujos de efectivo	-	-	
III. Subvenciones, donaciones y legados recibidos	82,80%	51,29%	75,76%
IV. Por ganancias y pérdidas actuariales y otros ajustes	-	-	
V. Efecto impositivo	-25,95%	-13,76%	105,42%
B) Total ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto (I + II + III + IV + V)	60,56%	32,10%	105,42%
Transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias			
VI. Por valoración de instrumentos financieros	-	-	
1. Activos financieros disponibles para la venta			
2. Otros ingresos/gastos			
VII. Por coberturas de flujos de efectivo	-	-	
VIII. Subvenciones, donaciones y legados recibidos	-12,99%	-5,13%	75,76%
IX. Efecto impositivo	3,90%	1,54%	105,42%
C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias (VI + VII + VIII + IX)	-9,09%	-3,59%	105,42%
TOTAL DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS (A + B + C)	100%	100%	8,87%

Porcentajes de la masa de PN.

	% Verticales		% Horizontales
	201X	201X-1	201X s/201X-1
A) PATRIMONIO NETO	100%	100%	0,83%
A-1) Fondos propios	99,03%	99,67%	0,18%
Capital	95,58%	96,37%	0,00%
Prima de emisión			
Fondo de reserva obligatorio	1,73%	1,33%	31,08%
Fondo de reserva voluntario	0,75%	0,77%	-2,33%
Resultados de ejercicios anteriores			
Otras aportaciones de socios			
Resultado del ejercicio			
Retornos y remuneraciones a cuenta	0,61%	0,83%	-26,09%
Fondos capitalizados	0,36%	0,36%	0,00%
Otros instrumentos de patrimonio neto			
A-2) Ajustes por cambios de valor	-0,01%	-0,04%	-74,29%
Activos financieros disponibles para la venta			
Operaciones de cobertura	-0,01%	-0,04%	-74,29%
Otros			
A-3) Subvenciones, donaciones y legados	0,98%	0,37%	164,65%

Porcentajes horizontales del ECPN.

	Capital cooperativo escriturado	Prima emisión	Fondo de reserva obligatorio	Fondo de reserva voluntario	Resultados de ejercicios anteriores	Otras aport. de socios	Excedente de la cooperativa	(Retornos y remuner. a cuenta)	Fondos capitalizados	Otros instrumen- tos de patri- monio neto	Ajustes por cam- bios de valor	Subvencio- nes, dona- ciones y legados	TOTAL
A. SALDO, FINAL DEL AÑO 201X-2	96,98%		0,97%	0,39%			1,25%	-0,02%	0,43%				100%
I. Ajustes por cambios de criterio 201X-2 y anteriores				100%									100%
II. Ajustes por errores 201X-2 y anteriores													
B. SALDO AJUSTADO, INICIO AÑO 201X-1	97,07%		0,97%	0,30%	1,25%			-0,02%	0,43%				100%
I. Total ingresos y gastos reconocidos							71,50%				-3,81%	32,31%	100%
II. Operaciones con socios y partícipes	99,88%			0,59%	-0,59%			0,12%					100%
1. Aumentos de capital.	90,91%			9,09%									100%
2. (-) Reducciones de capital	100%												100%
3. Conversión pasivos financieros en patrimonio neto	100%												100%
4. Otras operaciones con socios y partícipes													100%
5. Distribución retorno cooperativo					125%			-25%					100%
III. Otras variaciones del patrimonio neto			54,72%	45,28%	-100%								
C. SALDO, FINAL DEL AÑO 201X-1	96,37%		1,33%	0,77%	0,00%		0,83%		0,36%		-0,04%	0,37%	100%
I. Ajustes por cambios de criterio 201X-1				100%									100%
II. Ajustes por errores 201X-1													
D. SALDO AJUSTADO, INICIO AÑO 201X	96,72 %		1,34%	0,42%	0,83%				0,36%		-0,04%	0,38%	100%
I. Total ingresos y gastos reconocidos							48,53%				2,60%	48,87%	100%
II. Operaciones con socios y partícipes					100%								100%
1. Aumentos de capital	100%												100%
2. (-) Reducciones de capital	100%												100%
3. Conversión pasivos financieros en patrimonio neto													100%
4. Otras operaciones con socios y partícipes													100%
5. Distribución retorno cooperativo			54,76%	45,24%	100%								100%
III. Otras variaciones del patrimonio neto			54,76%	45,24%	-100%								100%
E. SALDO, FINAL DEL AÑO 201X	95,58%		1,73%	0,75%	0,00%		0,61%		0,36%		-0,01%	0,98%	100%

Porcentajes verticales del ECPN.

	Capital cooperativo escriturado	Prima emisión	Fondo de reserva obligatorio	Fondo de reserva voluntario	Resultados de ejercicios anteriores	Otras aport. de socios	Excedente de la cooperativa	(Retornos y remuner. a cuenta)	Fondos capitalizados	Otros ins- trumentos de patrimo- nio neto	Ajustes por cam- bios de valor	Subvencio- nes, dona- ciones y legados	TOTAL
A. SALDO, FINAL DEL AÑO 201X-2	84,11%		60,81%	41,86%			100,00%	-100,00%	100,00%				83,58%
I. Ajustes por cambios de criterio 201X-2 y anteriores				-9,30%									-0,07%
II. Ajustes por errores 201X-2 y anteriores													
B. SALDO AJUSTADO, INICIO AÑO 201X-1	84,11%		60,81%	32,56%	100,00%			-100,00%	100,00%				83,51%
I. Total ingresos y gastos reconocidos													
II. Operaciones con socios y partícipes	15,89%			11,63%	-8,62%		100,00%	100,00%			100,00%	100,00%	1,16%
1. Aumentos de capital.	0,93%												15,33%
2. (-) Reducciones de capital	-5,61%												0,99%
3. Conversión pasivos financieros en patrimonio neto	20,56%												-5,40%
4. Otras operaciones con socios y partícipes													19,82%
5. Distribución retorno cooperativo					-8,62%			100,00%					-0,07%
III. Otras variaciones del patrimonio neto			39,19%	55,81%	-91,38%								
C. SALDO, FINAL DEL AÑO 201X-1	100,00%		100,00%	100,00%	0,00%		100,00%	0,00%	100,00%		100,00%	100,00%	100,00%
I. Ajustes por cambios de criterio 201X-1				-46,51%									-0,36%
II. Ajustes por errores 201X-1													
D. SALDO AJUSTADO, INICIO AÑO 201X	100,00%		76,29%	54,76%	100%				100,00%		388,89%	37,79%	98,82%
I. Total ingresos y gastos reconocidos													
II. Operaciones con socios y partícipes					-8,70%		100,00%				-288,89%	62,21%	1,25%
1. Aumentos de capital	0,56%												-0,07%
2. (-) Reducciones de capital	-0,56%												0,54%
3. Conversión pasivos financieros en patrimonio neto													-0,54%
4. Otras operaciones con socios y partícipes													
5. Distribución retorno cooperativo					-8,70%								-0,07%
III. Otras variaciones del patrimonio neto			23,71%	45,24%	-91,30%								
E. SALDO, FINAL DEL AÑO 201X	100,00%		100,00%	100,00%	0,00%		100,00%	0,00%	100,00%		100,00%	100,00%	100,00%

2. Análisis del estado de ingresos y gastos reconocidos

Una vez calculados los porcentajes verticales y horizontales del estado ya podemos obtener cierta información sobre la evolución y composición de los resultados de «COPALASA» durante el ejercicio. Concretamente, observamos una reducción bastante importante (26,09%) del resultado de pérdidas y ganancias en relación con el año anterior, mientras que el resultado global ha experimentado un crecimiento del 8,87 por 100. Esta circunstancia viene provocada por la diferente evolución seguida por el total de ingresos y gastos imputados directamente al PN, que durante el último ejercicio ha experimentado un crecimiento del 105,42 por 100, provocado tanto por una mayor subvención de capital que se ha hecho efectiva durante el último año (casi un 75,76% superior a la subvención que se hizo efectiva el año anterior), como también por la obtención de una ganancia en la aplicación del valor razonable en los activos financieros disponibles para la venta (habiéndose registrado un gasto en este concepto el año anterior).

Si nos centramos en el análisis vertical, observamos como durante el último ejercicio económico el resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias ha pasado de representar alrededor de un 71,50 por 100 del resultado global de la cooperativa, a ser poco menos de un 50 por 100. Una evolución contraria ha experimentado la cifra de ingresos y gastos imputados directamente al PN, que prácticamente ha doblado su peso dentro del resultado global, representando en este último ejercicio alrededor del 60 por 100 del mismo. Estas cifras muestran la gran dependencia que la cooperativa tiene de este tipo de ingresos y, en particular, de los derivados de las subvenciones de capital recibidas durante estos dos últimos años (especialmente el último año, donde su peso neto sobre el resultado global supera el 50%). Estos resultados, por tanto, muestran la evidente dependencia de la cooperativa en relación con estas ayudas, sin las cuales el beneficio hubiese sido muy inferior, un hecho que puede ser indicador de unos menores resultados globales futuros (a no ser que la cooperativa siga obteniendo nuevas subvenciones de capital durante los siguientes años) y, en definitiva, de un menor crecimiento del PN de la cooperativa durante los próximos años a través de esta vía.

3. Análisis de la masa de PN

Si nos centramos en el análisis de la masa de PN de «COPALASA», lo primero que observamos es un ligero crecimiento a lo largo del último año (0,83%), que viene explicado por distintos motivos. En primer lugar, por la subvención recibida, que representa la mayor parte del crecimiento experimentado por el PN durante el periodo. Otro de los motivos de este crecimiento viene dado por la política de distribución del excedente cooperativo, el cual prácticamente en su totalidad se ha reinvertido en la propia cooperativa, destinando un 50% al fondo de reserva obligatorio.

Si analizamos la composición del PN, observamos como casi la totalidad del mismo hace referencia a los fondos propios (99,03%), y más concretamente al capital, que supone un 96,37 por 100 del PN, el año anterior y un 95,58 por 100 en la actualidad. Por su parte, el reducido peso de los fondos de reserva sobre el total hace pensar que la cooperativa ha ajustado sus precios de compra de materias primas a los socios y por ello no ha obtenido beneficios destacables durante sus años de

vida. De hecho, si analizamos el peso de los resultados del ejercicio sobre el total del PN, observamos que este es bastante reducido en los dos años, representando un peso del 0,61 por 100 del PN en el año actual, por un 0,83 por 100 el año anterior. Lo que supone unas rentabilidades sobre fondos propios de entre el 0,60 por 100 y el 0,85 por 100 para los dos años, habiendo experimentado, además, una reducción del resultado de un año para el otro del 26,09 por 100.

En relación con los otros componentes, si bien los ajustes por cambio de valor presentan un peso muy reducido sobre el total de PN, sí merece prestar atención al apartado de las subvenciones, que en las cooperativas son ingresos frecuentes. En el caso de «COPALASA», podemos ver como, si bien el peso de las subvenciones sobre el total del PN no era especialmente elevado, sí observamos que en el último año este apartado se ha incrementado en un 164,65 por 100, una evolución que ha permitido que en la actualidad representen alrededor del 1 por 100 del PN.

4. Análisis del ETCPN

En relación con el resultado, hay dos elementos a tener en cuenta, en primer lugar los beneficios obtenidos por la cooperativa y, en segundo lugar, la política de distribución del excedente que siga la misma. En el caso que nos atañe, podemos observar que los beneficios obtenidos por la cooperativa no son muy elevados en ninguno de los tres años para los que tenemos información sobre los mismos, presentando a su vez unas rentabilidades más bien bajas. Lo cual se puede deber al ajuste de los precios de compra a los proveedores que son los propios socios y la consiguiente reducción del margen comercial. Esta política de compra, que hace generar beneficios nulos, es frecuente en muchas cooperativas y puede entrañar dificultades de autofinanciación y de permanencia en el mercado.

En cuanto a la política de distribución del excedente cooperativo, la mayor parte se destina a la autofinanciación, ya sea a través del fondo de reserva obligatorio (donde se destina un 50% del beneficio), o a los fondos de reserva voluntarios (alrededor del 40% del beneficio), mientras que únicamente un 10 por 100 del excedente se ha venido distribuyendo entre los socios. Estos resultados, por tanto, llevan a pensar que los socios no pretenden una rentabilidad de su inversión, sino la colocación de su actividad productiva a través de la cooperativa a precios preferentes.

Como consecuencia de la adopción de las NIIF, aquella parte de las participaciones sobre las que el Consejo Rector no tenga un derecho incondicional a rehusar el reembolso debe ser clasificada como un pasivo financiero, existiendo la posibilidad de fijar o ampliar este derecho incondicional a través de los estatutos de la cooperativa. A través del ETCPN podemos observar como durante el ejercicio anterior se produjo una conversión de pasivos financieros a PN por valor de 110.000 euros, una prueba bastante evidente del incremento de capital con derecho incondicional del Consejo Rector a rehusar el reembolso de las aportaciones. En el mismo periodo se observa una importante reducción del capital, un hecho posiblemente provocado por el derecho que tienen los socios a causar baja en la sociedad cooperativa ante la aprobación en Junta General del incremento del derecho a rehusar el reembolso de las aportaciones. Esta reducción del capital, combinada con el menor aumento de capital experimentado en el periodo, es indicador de que el PN resultante es inferior al que mostraba

la cooperativa en los años previos a la adopción de las NIIF, cuando todas las aportaciones al capital, con independencia del derecho a rehusar el reembolso de las mismas, eran clasificadas como capital.

La existencia del derecho incondicional a rehusar el reembolso ha sido ampliamente debatida al oponerse al principio cooperativo de «puertas abiertas». En este sentido, el ETCPN nos proporciona información sobre la medida en que la cooperativa ha tomado el acuerdo de limitar este principio.

Finalmente, se observa que «COPALASA» ha tenido que realizar, en los dos periodos, ajustes por cambios de criterio que han provocado sendas disminuciones en el fondo de reserva voluntario. Unos ajustes que si bien por su bajo valor no son especialmente significativos, sí nos llevan a pensar que en ocasiones la cooperativa puede haber adoptado determinados criterios que la beneficiaban, maquiando de este modo la información contable proporcionada en las cuentas anuales.

5. RESUMEN Y CONCLUSIONES

El ECPN es un elemento integrante de las cuentas anuales formado por dos documentos, el EIGR y el ETCPN. El primero de ellos proporciona un resultado global obtenido por la cooperativa a lo largo del ejercicio, incluyendo tanto los ingresos y gastos reconocidos en la cuenta de pérdidas y ganancias, como también los imputados directamente al PN. El segundo documento nos informa sobre las variaciones producidas en el PN de la empresa como consecuencia de las operaciones con socios, de la aplicación del excedente y de la autofinanciación.

La información contenida en el ECPN va dirigida principalmente a los socios de la cooperativa, pero también a futuros inversores y otros interesados. La importancia del ECPN radica en que proporciona una información que no podemos obtener a través de otros estados contables, como son la estructura financiera y la política de financiación de la cooperativa, su política de distribución del excedente, retribución de las aportaciones, o el resultado global obtenido durante el ejercicio, y todo con el objetivo final de conocer las variaciones experimentadas por el PN de la sociedad.

Además, en relación con las cooperativas, el ECPN nos proporciona un conjunto de información específica sobre las mismas, como por ejemplo el grado en que las mismas siguen el principio de libertad de entrada y salida de los socios, o si la cooperativa ha adoptado cambios en sus estatutos para poder clasificar una mayor cantidad de las aportaciones al capital como recursos propios.

Debido a su reciente obligatoriedad, hasta la fecha se ha publicado poca información sobre cómo analizar este estado contable. En este trabajo hemos pretendido facilitar pautas para conocer la evolución y situación de una cooperativa, afrontar el análisis de este documento y obtener conclusiones sobre el mismo.

Bibliografía

- AECA [2009]: *Fondos propios de las cooperativas*. Documento 1 Serie Contabilidad de Cooperativas de AECA.
- ALEXANDER, D. y ARCHER, S. [2010]: *International Accounting/Financial Reporting Standards Guide*, Miller, 2010.
- ARCHEL, P.; LIZARRAGA, F.; SÁNCHEZ, S. y CANO, M. [2010]: *Estados contables. Elaboración, análisis e interpretación*, «El Estado de Cambios en el Patrimonio Neto», cap. 5, págs. 189-226, Pirámide, 3.^a edición.
- GALLIZO, J.L. y MORENO, J. [2010]: *Manual de comptabilitat de cooperatives*, ACCID, cap. 9.º, págs. 185-216.
- LLORENTE, J.L. [2010]: *Análisis de estados económico-financieros*, «La estructura de los estados económico-financieros (III): el estado de cambios en el patrimonio neto», cap. 5, págs. 241-327, CEF.

PLAN GENERAL DE CONTABILIDAD DE ENTIDADES SIN FINES LUCRATIVOS (II)

JAVIER ROMANO APARICIO

Profesor del CEF

Extracto:

EN esta segunda parte del trabajo sobre el Plan General de Contabilidad de entidades sin fines lucrativos (ESFL) se analizan las normas de registro y valoración relativas al impuesto sobre beneficios, gastos e ingresos, subvenciones y su traspaso a resultados en función del elemento financiado (subvenciones no específicas, de inmovilizado material, bienes del Patrimonio Histórico, existencias, activos financieros), las cesiones recibidas de activos no monetarios y de servicios sin contraprestación y por último la problemática de las fusiones entre ESFL.

Palabras clave: contabilidad, fundaciones, asociaciones y entidades sin fines lucrativos.

ACCOUNTING GENERAL PLAN NON-PROFIT ORGANIZATIONS (II)

JAVIER ROMANO APARICIO

Profesor del CEF

Abstract:

In this second part of the Accounting General Plan Non-Profit Organizations (ESFL) analyze the recording and valuation rules relating to income tax, income and expenses, subsidies and transfers to income on funded element (non-specific subsidies, plant and equipment, Historical Heritage assets, inventories, financial assets), asset disposals received non-monetary assets and services without consideration and finally the issue of mergers between ESFL.

Keywords: accounting, foundations, associations and non-profit entities.

Sumario

- 5.6. Impuesto sobre beneficios.
- 5.7. Gastos e ingresos propios de las entidades no lucrativas.
- 5.8. Subvenciones, donaciones y legados recibidos.
- 5.9. Fusiones entre entidades no lucrativas.

5.6. Impuesto sobre beneficios

Las ESFL son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades aunque lo habitual es que gran parte o la totalidad de sus rentas estén exentas del impuesto, en los términos previstos en el **Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo**¹.

Las ventajas fiscales contempladas en la norma se refieren al Impuesto sobre Sociedades y a los impuestos municipales siendo objeto de este trabajo el efecto que se produce en la contabilidad del gasto devengado por el Impuesto Sociedades.

Las ventajas fiscales residen en que determinadas rentas están exentas del impuesto (arts. 6 y 7) y en la tributación al 10 por 100 en las rentas no exentas (art. 10).

El régimen de la Ley 49/2002 es voluntario pero en el caso de optar por él, las ESFL deben cumplir una serie de requisitos que están descritos en el artículo 3, entre los que podemos destacar:

- Perseguir fines de interés general, señalando la ley a título de ejemplo, entre otros, los de la defensa de los derechos humanos, los de las víctimas del terrorismo y actos violentos, los de asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, etc.
- Destinar a la realización de los fines de interés general al menos el 70 por 100 de las siguientes rentas:
 - Las rentas de las explotaciones económicas que desarrollen.
 - Las rentas derivadas de la transmisión de bienes o derechos de su titularidad.

¹ Se consideran entidades sin fines lucrativos a efectos de esta ley: las fundaciones, las asociaciones declaradas de utilidad pública, las organizaciones no gubernamentales de desarrollo a que se refiere la **Ley 23/1998, de 7 de julio**, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, las delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones, las federaciones deportivas españolas, las federaciones deportivas territoriales de ámbito autonómico integradas en aquellas, el Comité Olímpico Español y el Comité Paralímpico Español y las federaciones y asociaciones de las entidades sin fines lucrativos a que se refieren los párrafos anteriores.

- Los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados para la obtención de tales ingresos.
- Además hay que tener en cuenta que el resto de las rentas e ingresos deberán destinarse a incrementar la dotación patrimonial o las reservas.
- El importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las actividades económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades no supere el 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad.
- Que los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno sean gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione.
- Que estén inscritas en el registro correspondiente.
- Que cumplan las obligaciones contables previstas en las normas por las que se rigen o, en su defecto, en el Código de Comercio y disposiciones complementarias.
- Que cumplan las obligaciones de rendición de cuentas que establezca su legislación específica.
- Que elaboren anualmente una memoria económica en la que se especifiquen los ingresos y gastos del ejercicio, de manera que puedan identificarse por categorías y por proyectos, así como el porcentaje de participación que mantengan en entidades mercantiles.

Las rentas exentas, entre otras (art. 6 de la Ley 49/2002), son las siguientes:

- Los donativos y liberalidades para colaborar en los fines de la sociedad.
- Las cuotas satisfechas por asociados, colaboradores o benefactores.
- Las subvenciones, salvo las destinadas a financiar la realización de explotaciones económicas no exentas.
- Los rendimientos del patrimonio mobiliario e inmobiliario de la entidad.
- Los procedentes de las adquisiciones o transmisiones, por cualquier título, de bienes y derechos.

Para determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, solo se incluirán las rentas derivadas de explotaciones económicas no exentas. Igualmente solo podrán ser deducibles los gastos que se correspondan con la obtención de rentas no exentas.

Así no resultarán deducibles, además de los gastos establecidos en el régimen general del Impuesto sobre Sociedades los siguientes:

- Los gastos imputables a las rentas exentas. En el caso de que la imputación sea parcial a las rentas no exentas, la deducibilidad se practicará en el porcentaje que representen los ingre-

sos obtenidos en el ejercicio de explotaciones económicas no exentas respecto de los ingresos totales de la entidad.

- Las cantidades destinadas a la amortización de elementos patrimoniales no afectos a las explotaciones económicas sometidas a gravamen.
- Las cantidades que constituyan aplicación de resultados y, en particular, de los excedentes de explotaciones económicas no exentas.

Al respecto de la contabilización del gasto devengado por el Impuesto sobre Sociedades, el Real Decreto 1491/2011 indica:

«Las entidades sin fines lucrativos contabilizarán el gasto por Impuesto sobre Sociedades aplicando los criterios contenidos en el Plan General de Contabilidad, en el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y, en su caso, el criterio específico aplicable a las microempresas. A tal efecto, para determinar el impuesto corriente, el resultado contable deberá reducirse en el importe de los resultados procedentes de las actividades exentas.»

EJEMPLO 27:

Una fundación ha tenido los siguientes ingresos durante el ejercicio 20X16:

Cuotas de socios y afiliados	100.000
Prestación de servicios propios de la actividad	500.000
Intereses bancarios	100.000
Ingresos explotación cafetería	150.000
Rendimientos de inmuebles	20.000
Total ingresos	870.000

Los gastos en que ha incurrido han sido los siguientes:

Personal	50.000
Gastos de la cafetería	50.000
Comisiones bancarias	1.000
Amortización del inmueble	1.500
Total gastos	102.500

Los gastos de personal corresponden al personal afectos a los fines de la fundación y al personal de la cafetería. Las amortizaciones corresponden en un 80 por 100 al inmueble utilizado por la fundación y en un 20 por 100 a la cafetería.

No existen deducciones y las retenciones y pagos a cuenta han sido de 1.000 u.m.

.../...

.../...

Solución:

El excedente antes de impuestos es:

$$870.000 - 102.500 = 767.500$$

Las rentas exentas son:

Cuotas de socios y afiliados	100.000
Prestación de servicios propios de la actividad	500.000
Intereses bancarios	100.000
Rendimientos de inmuebles	20.000
Total rentas exentas	720.000

Las rentas no exentas:

Ingresos explotación cafetería	150.000
--------------------------------	---------

Los gastos deducibles:

Personal $\left(50.000 \times \frac{150.000}{150.000 + 720.000} \right)$	8.620
Propios de la cafetería	50.000
Amortización del inmueble $(1.500 \times 20\%)$	300
Total gastos deducibles	58.920

Y los gastos no deducibles:

Personal $\left(50.000 \times \frac{720.000}{150.000 + 720.000} \right)$	41.380
Comisiones bancarias	1.000
Amortización de inmueble $(1.500 \times 80\%)$	1.200
Total rentas exentas	43.580

Liquidación del Impuesto sobre Sociedades:

Conceptos	Importe
Excedente antes de impuestos	767.500
+/- Ajustes	
Rentas exentas	-720.000
Gastos no deducibles	43.580

.../...

.../...

.../...

Conceptos	Importe
.../...	
Base imponible	91.080
Tipo de gravamen	10%
Cuota íntegra	9.108
Deducciones	0
Cuota líquida	9.108
Retenciones y pagos a cuenta	-1.000
Cuota diferencial	8.108

Los ajustes de las rentas exentas y los gastos no deducibles se consideran a efectos de la contabilización del gasto devengado por el Impuesto sobre Sociedades como diferencias permanentes, ya que estos ajustes no implican ajustes de signo contrario en futuras liquidaciones.

Por el gasto devengado:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	9.108	
4752	Hacienda Pública, acreedora por Impuesto sobre Sociedades		8.108
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		1.000

Por la regularización de la cuenta «Impuesto corriente» (6300):

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Excedente del ejercicio	9.108	
6300	Impuesto corriente		9.108

EJEMPLO 28:

Una asociación presenta la siguiente información para calcular el gasto devengado por el Impuesto sobre Sociedades del año 20X15:

Ingresos de la actividad propia no sujetos	1.000.000
Gastos de la actividad propia no deducibles	200.000

.../...

.../...

.../...

.../...	
Ingresos de actividades no exentos	250.000
Gastos de actividades deducibles	150.000
Tipo impositivo	10%
Deducciones	1.000
Retenciones y pagos a cuenta	5.000

Entre los gastos de actividades deducibles está la amortización de un vehículo adquirido al inicio del año 20X15 con un coste de 20.000 u.m. y vida útil de 4 años. La amortización contable se realiza de forma lineal y fiscalmente se puede deducir en su totalidad en este año porque existe una normativa de libertad de amortización.

Solución:

El excedente antes de impuesto es:

$$1.000.000 - 200.000 + 250.000 - 150.000 = 900.000$$

La liquidación del Impuesto sobre Sociedades del año 20X15 es la siguiente:

Conceptos	Importe
Excedente antes de impuestos	900.000
+/- Ajustes	
Rentas exentas	-1.000.000
Gastos no deducibles	200.000
Libertad de amortización	-15.000
Base imponible	85.000
Tipo de gravamen	10%
Cuota íntegra	8.500
Deducciones	-1.000
Cuota líquida	7.500
Retenciones y pagos a cuenta	-5.000
Cuota diferencial	2.500

Los ajustes de las rentas exentas y de los gastos no deducibles asociados a las rentas exentas son diferencias permanentes. El ajuste de la libertad de amortización es una diferencia temporaria imponible que dará lugar al registro de un «Pasivo por diferencias temporarias imponibles» (479) por un importe resultante de multiplicar el importe del ajuste por el tipo de gravamen ($15.000 \times 10\% = 1.500$). El importe de los ajustes de esta operación a lo largo de los años que comprenden la amortización del bien es el siguiente:

.../...

.../...

Años	Amortización contable	Amortización fiscal	Ajuste en la base imponible
20X15	5.000	20.000	-15.000
20X16	5.000	0	5.000
20X17	5.000	0	5.000
20X18	5.000	0	5.000

Los asientos contables por el gasto devengado y por el reconocimiento del pasivo fiscal son los siguientes:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	7.500	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		5.000
4752	Hacienda Pública, acreedora por Impuesto sobre Sociedades		2.500

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	1.500	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		1.500

Por la regularización de las cuentas anteriores:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	9.000	
6300	Impuesto corriente		7.500
6301	Impuesto diferido		1.500

El tratamiento en PGC ESFL de PYMES es similar.

EJEMPLO 29:

La fundación «MENANTIAL» presenta los siguientes datos a efectos de calcular el gasto devengado por el Impuesto sobre Sociedades del año 20X16:

Ingresos de la actividad propia no sujetos	70.000
Gastos de la actividad propia no deducibles	50.000
Retenciones de rendimientos del capital mobiliario	300

.../...

.../...

Para efectuar la liquidación del Impuesto sobre Sociedades no existen más ajustes que los que se pudieran derivar de la información anterior. No existen deducciones siendo el tipo impositivo del 10 por 100. La fundación está acogida a lo dispuesto en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

Solución:

La situación que se plantea en este ejemplo es la que se produce en la mayoría de las ESFL ya que todas sus rentas suelen estar exentas y los gastos son no deducibles.

Liquidación del Impuesto sobre Sociedades:

Conceptos	Importe
Excedente antes de impuestos	20.000
+/- Ajustes	
Rentas exentas	-70.000
Gastos no deducibles	50.000
Base imponible	0
Tipo de gravamen	10%
Cuota íntegra	0
Deducciones	0
Cuota líquida	0
Retenciones y pagos a cuenta	-300
Cuota diferencial	-300

En este caso no procede asiento contable por el impuesto sobre beneficios y solamente hay que reconocer el crédito surgido de la cuota diferencial.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4709	Hacienda Pública, deudora por devolución de impuestos	300	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		300

En el momento de producirse la devolución:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	300	
4709	Hacienda Pública, deudora por devolución de impuestos		300

5.7. Gastos e ingresos propios de las entidades no lucrativas

5.7.1. Gastos

Los gastos de la actividad propia de las ESFL se registran en el subgrupo 65, «Ayudas monetarias de la entidad y otros gastos de gestión» que contiene las siguientes cuentas:

- 651. Ayudas monetarias.
- 652. Ayudas no monetarias.
- 653. Compensación de gastos por prestaciones de colaboración.
- 654. Reembolsos de gastos al órgano de gobierno.
- 655. Pérdidas de créditos incobrables derivados de la actividad.
- 656. Resultados de operaciones en común.
- 658. Reintegro de subvenciones, donaciones y legados recibidos, afectos a la actividad propia de la entidad.
- 659. Otras pérdidas en gestión corriente.

El criterio general de reconocimiento para estos gastos es que se contabilizarán en la cuenta de resultados en el ejercicio en que se incurran, al margen de la fecha en que se produzca la corriente financiera (principio del devengo). En particular las ayudas otorgadas por la entidad se reconocerán en el momento en que se apruebe su concesión.

EJEMPLO 30:

La fundación «TERCEROS» ha tenido los siguientes gastos relacionados con las actividades propias durante el año 20X19:

- Ayudas monetarias a familias por 10.000 u.m. de las que ya se han pagado 4.000 u.m.
- Gastos de colaboradores (transporte, comida y vestuario) por 2.000 u.m. pagados en su totalidad.
- Cantidades entregadas a los miembros del gobierno como consecuencia de gastos debidamente justificados de 1.800 u.m. ya pagados.

Solución:

Los anteriores gastos deben reconocerse en el ejercicio en que se incurran independientemente de su pago:

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
650	Ayudas monetarias	10.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		4.000
412	Beneficiarios, acreedores		6.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
653	Compensación de gastos por prestaciones de colaboración	2.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
654	Reembolso de gastos al órgano de gobierno	1.800	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.800

5.7.2. Gastos de carácter plurianual

Las ayudas otorgadas en firme por la entidad y otros gastos comprometidos de carácter plurianual se contabilizarán en la cuenta de resultados del ejercicio en que se apruebe su concesión con abono a una cuenta de pasivo y por el valor actual del compromiso asumido.

EJEMPLO 31:

La fundación «AYÚDATE» ha concedido, al inicio del año 20X17, ayudas monetarias a algunos beneficiarios por importe de 9.000 u.m. que serán satisfechas al final del año actual y de los dos siguientes en partes iguales.

El tipo de interés de mercado para operaciones a tres años es del 6 por 100 anual.

Solución:

Al tratarse de unos gastos de proyección plurianual el pasivo a reconocer en el momento inicial es por su valor actual:

$$\text{Valor actual} = \frac{3.000}{1,06} + \frac{3.000}{1,06^2} + \frac{3.000}{1,06^3} = 8.019,04 \text{ u.m.}$$

.../...

.../...

El cuadro de imputación de los intereses de la operación es el siguiente:

Años	Compromiso inicio año (I)	Intereses (II = I × 6%)	Amortización (III = IV - II)	Pago (IV)	Compromiso final año (V = I + II - III)
20X17	8.019,04	481,14	2.518,86	3.000,00	5.500,18
20X18	5.500,18	330,01	2.669,99	3.000,00	2.830,19
20X19	2.830,19	169,81	2.830,19	3.000,00	0,00

Los asientos contables del año 20X17 son los siguientes:

Por el reconocimiento de las ayudas al inicio del ejercicio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
650	Ayudas monetarias	8.019,04	
412-	Beneficiarios, acreedores		2.518,86
412-	Beneficiarios, acreedores a largo plazo		5.500,18

Al cierre del ejercicio por la actualización de las deudas y el pago de 3.000 u.m.:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	481,14	
412-	Beneficiarios, acreedores		481,14

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
412-	Beneficiarios, acreedores	3.000,00	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		3.000,00

Por la reclasificación a corto plazo de la parte del débito que vence al final del año 20X18:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
412-	Beneficiarios, acreedores a largo plazo	2.669,99	
412-	Beneficiarios, acreedores		2.669,99

5.7.3. Ingresos

El PGC ESFL desarrolla las cuentas para recoger los ingresos propios de la entidad en el subgrupo 72:

- 720. Cuotas de asociados y afiliados.
- 721. Cuotas de usuarios.
- 722. Promociones para captación de recursos.
- 723. Ingresos de patrocinadores y colaboraciones.
 - 7230. Patrocinio.
 - 7231. Patrocinio publicitario.
 - 7233. Colaboraciones empresariales.
- 728. Ingresos por reintegro de ayudas y asignaciones.

En la contabilización de los ingresos en cumplimiento de los fines de la entidad se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

- a) Los ingresos por entregas de bienes o prestación de servicios se valorarán por el importe acordado.
- b) Las cuotas de usuarios o afiliados se reconocerán como ingresos en el periodo al que correspondan.
- c) Los ingresos procedentes de promociones para captación de recursos, de patrocinadores y de colaboraciones se reconocerán cuando las campañas y actos se produzcan.
- d) En todo caso, deberán realizarse las periodificaciones necesarias.

EJEMPLO 32:

La fundación «AMALGAMA» ha devengado ingresos por cuotas de usuarios durante el año 20X16 por importe de 10.000 u.m. de las que al cierre del ejercicio están pendientes de cobro 2.000 u.m.

Solución:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	8.000	
447	Usuarios, deudores	2.000	
721	Cuotas de usuario		10.000

EJEMPLO 33:

La fundación «AMALGAMA» ha percibido 13.400 u.m. de los patrocinadores y colaboraciones empresariales al objeto de contribuir a la realización de los fines de la actividad propia de la entidad durante el ejercicio 20X16. Existen además otras 600 u.m. comprometidas pendientes de cobro.

Solución:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	13.400	
447	Usuarios, deudores	600	
723	Ingresos de patrocinadores y colaboraciones		14.000

EJEMPLO 34:

La fundación «AMALGAMA» ha ingresado durante el ejercicio 7.000 u.m. por reintegro de ayudas y asignaciones de la actividad propia concedidas por la entidad y recogidas en el subgrupo 65, por incumplimiento de las condiciones exigidas o por cualquier otra causa que determine su evolución. Además se han anulado ayudas monetarias ya contabilizadas y pendientes de pago por valor de 800 u.m.

Solución:

Por los ingresos por reintegros de ayudas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	7.000	
728	Ingresos por reintegro de ayudas y asignaciones		7.000

Por la anulación de las ayudas previamente contabilizadas y todavía no pagadas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
412	Beneficiarios, acreedores	800	
728	Ingresos por reintegro de ayudas y asignaciones		800

5.8. Subvenciones, donaciones y legados recibidos

5.8.1. Subvenciones reintegrables y no reintegrables

La NRV 18.^a del PGC 2007 indica que las subvenciones se consideran no reintegrables cuando exista un acuerdo individualizado de concesión de la subvención, donación o legado a favor de la empresa, se hayan cumplido las condiciones establecidas para su concesión y no existan dudas razonables sobre la recepción de la subvención, donación o legado y estas subvenciones se contabilizan. El resto por tanto serían de tipo reintegrable.

Las subvenciones, donaciones y legados *no reintegrables* se contabilizan:

- Directamente en el patrimonio neto de la entidad para su posterior traspaso al excedente del ejercicio como ingresos sobre una base sistemática y racional de forma correlacionada con los gastos derivados de la subvención, donación o legado.
- Si no tienen asignación específica se contabilizan directamente en el excedente del ejercicio en que se reconozcan.

Las subvenciones, donaciones y legados que tengan carácter de *reintegrables* se registrarán como pasivos de la empresa hasta que adquieran la condición de no reintegrables.

EJEMPLO 35:

Una fundación obtiene una subvención destinada a la compra de mobiliario por importe de 12.000 u.m. La subvención cumple los requisitos para ser considerada no reintegrable.

Solución:

Por la concesión de la subvención:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	12.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital		12.000

En las ESFL lo habitual es que no se considere ningún efecto impositivo ya que sus rentas están exentas. Al cierre del ejercicio, la cuenta «Ingresos de subvenciones oficiales de capital» (940) se traspasa a la cuenta «Subvenciones oficiales de capital» (130).

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	12.000	
130	Subvenciones oficiales de capital		12.000

Si la entidad contabiliza por el PGC ESFL de PYMES la subvención no reintegrable se reconoce directamente en el patrimonio neto ya que en este modelo de plan no se desarrollan las cuentas de los grupos 8 y 9.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	12.000	
130	Subvenciones oficiales de capital		12.000

EJEMPLO 36:

Una fundación obtiene una subvención no reintegrable sin asignación específica por un importe de 15.000 u.m.

Solución:

Al tratarse de una subvención no reintegrable sin asignación específica la norma indica que se imputa al excedente del ejercicio.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	15.000	
740	Subvenciones a la actividad		15.000

Si las subvenciones, donaciones o legados fueran concedidos por los asociados, fundadores o patronos se seguirá este mismo criterio, salvo que se otorgasen a título de dotación fundacional o fondo social, en cuyo caso se reconocerán directamente en los fondos propios de la entidad. También se reconocerán directamente en los fondos propios las aportaciones efectuadas por un tercero a la dotación fundacional o al fondo social.

EJEMPLO 37:

Los patronos de la fundación «SOLVENTIAS» otorgan una subvención de 22.000 u.m. cuyo destino es aumentar la dotación fundacional. Por otro lado, una empresa colaboradora otorga otra subvención con el mismo destino por importe de 18.000 u.m. Ambas donaciones se elevan a escritura pública.

Solución:

Aunque se trate de subvenciones, su destino es el incremento de la dotación fundacional (fondos propios) por lo que se contabilizará como un incremento de esta partida.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	40.000	
100	Dotación fundacional		40.000

5.8.2. Subvenciones inicialmente reintegrables que posteriormente se transforman en no reintegrables

Se trata de subvenciones reintegrables que inicialmente se registran como pasivo ya que si bien no cumplen todavía los requisitos para calificarlas como no reintegrables o existen dudas razonables de tal cumplimiento pero que posteriormente sí se podrán considerar como no reintegrables. El PGC ESFL señala una serie de casos en los que se indica en qué momento se podría hacer tal reclasificación que se detalla a continuación.

5.8.2.1. Las obtenidas para adquirir un activo solo se calificarán de no reintegrables cuando se haya adquirido el correspondiente activo

Si las condiciones del otorgamiento exigen mantener la inversión durante un determinado número de años, se considerarán no reintegrables cuando al cierre del ejercicio se haya realizado la inversión y no existan dudas razonables de que se mantendrá en el periodo fijado en los términos de la concesión.

En particular, se aplicará este criterio cuando las condiciones del otorgamiento obliguen a invertir permanentemente el importe recibido en un activo financiero, y a destinar el rendimiento de esa inversión exclusivamente al cumplimiento de los fines o actividad propia. El rendimiento que origine la inversión se contabilizará siguiendo los criterios generales de registro y valoración establecidos para los activos financieros.

EJEMPLO 38:

La fundación «TIJUANA» ha obtenido una subvención de 50.000 u.m. el 1 de abril de 20X19 que ha sido cobrada el 1 de octubre de ese año. Los fondos obtenidos de la subvención están asociados a la adquisición de unos equipos informáticos que se adquieren el 15 de diciembre de 20X19.

Solución:

1 de abril de 20X19

Por la concesión de la subvención que se califica como reintegrable ya que está asociada a la adquisición de unos equipos informáticos que todavía no se han comprado:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	50.000	
522	Deudas a corto plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados		50.000

1 de octubre de 20X19

Por el cobro de la subvención:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	50.000	
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas		50.000

15 de diciembre de 20X19

Por la compra de los equipos con los fondos obtenidos de la subvención:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
217	Equipos para procesos de información	50.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		50.000

Al cierre del ejercicio al haberse adquirido el activo la subvención se transforma de reintegrable a no reintegrable por lo que procede la siguiente reclasificación:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
522	Deudas a corto plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados	50.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital		50.000

.../...

.../...

La cuenta «Ingresos de subvenciones oficiales de capital» (940) traspasará su saldo al cierre del ejercicio a la cuenta «Subvenciones oficiales de capital» (130). En el caso de que la fundación utilizase el PGC ESFL de PYMES el último asiento tendría la siguiente estructura:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
522	Deudas a corto plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados	50.000	
130	Subvenciones oficiales de capital		50.000

EJEMPLO 39:

La fundación «MARAVILLAS» ha obtenido el 5 de febrero del año 20X11 una subvención de 50.000 u.m. que ha sido cobrada el 1 de julio del mismo año. Las condiciones de la subvención implican que su importe debe ser destinado a la compra de deuda estatal y sus rendimientos aplicados a los fines y actividades propias de la fundación, por lo que el 1 de octubre se adquieren obligaciones del estado con vencimiento a 10 años por un importe de 50.000 u.m. Hasta el 31 de diciembre se han cobrado intereses por importe de 2.000 u.m. (retención 21%) y hay intereses devengados y no vencidos por 500 u.m.

Solución:

El 5 de febrero por la obtención de la subvención, que se registra como reintegrable en tanto no se cumplan los requisitos para calificarla como no reintegrable y que en este caso es la adquisición de deuda estatal.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	50.000	
522	Deudas a corto plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados		50.000

El 1 de julio por el cobro de la subvención:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	50.000	
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas		50.000

.../...

.../...

El 1 de octubre por la compra de los bonos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
251	Valores representativos de deuda a largo plazo	50.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		50.000

Durante el último trimestre del año por los intereses de la inversión devengados, vencidos y cobrados:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (2.000 × 79%)	1.580	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta (2.000 × 21%)	420	
761	Ingresos de valores representativos de deuda		2.000

Al cierre del ejercicio por los intereses devengados y no vencidos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
541	Intereses a corto plazo de valores representativos de deudas	500	
761	Ingresos de valores representativos de deuda		500

Además, al cierre del ejercicio la subvención debe considerarse no reintegrable ya que se ha realizado la inversión requerida y se cumple el resto de requisitos.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
522	Deudas a corto plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados	50.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital		50.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	50.000	
130	Subvenciones oficiales de capital		50.000

5.8.2.2. Subvenciones obtenidas para la construcción, mejora, renovación o ampliación de un activo

Si las condiciones del otorgamiento exigen la finalización de la obra y su puesta en condiciones de funcionamiento, se considerarán no reintegrables cuando al cierre del ejercicio se haya ejecutado la actuación, total o parcialmente.

En el supuesto de ejecución parcial, la subvención se calificará como no reintegrable en proporción a la obra ejecutada, siempre que no existan dudas razonables de que concluirá la construcción del activo o la ejecución de las actuaciones de mejora, renovación o ampliación según las condiciones establecidas en el acuerdo de concesión.

EJEMPLO 40:

La fundación «APROCAR» ha recibido una subvención para realizar obras de mejora en uno de sus centros ocupacionales. Las obras se han iniciado en julio de 20X14 con un presupuesto de 200.000 u.m. y un plazo de ejecución de dos años.

Al cierre del ejercicio 20X14 se han ejecutado obras por un valor de 50.000 u.m. de las que están pendientes de pago 1.000 u.m.

En el mes de septiembre de 20X14 se ha recibido la comunicación de la concesión de una subvención para financiar las obras por el 50 por 100 de su valor, es decir, 100.000 u.m. El importe subvencionado se irá liberando en diferentes tramos a medida que se presenten las certificaciones de obra. Al cierre del ejercicio todavía no se ha recibido ninguna cantidad de la subvención.

Solución:

En este caso la subvención se considera no reintegrable a medida que se complete la actuación, total o parcialmente. En el caso de la ejecución parcial tal calificación se realizará proporcionalmente a la obra ejecutada.

Por las obras ejecutadas en el año 20X14:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	50.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		49.000
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		1.000

En el mes de septiembre por la comunicación de la subvención que inicialmente se califica como una subvención reintegrable:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	100.000	
172	Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados		100.000

Al cierre del ejercicio por la reclasificación a subvención no reintegrable por el 50 por 100 de la obra ejecutada:

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
172	Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados	25.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital		25.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	25.000	
130	Subvenciones oficiales de capital		25.000

Si la fundación utiliza el PGC ESFL de PYMES, el registro contable de la reclasificación hubiese sido:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
172	Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados	25.000	
130	Subvenciones oficiales de capital		25.000

5.8.2.3. Subvenciones para financiar gastos específicos

Las subvenciones obtenidas para financiar gastos específicos de ejecución plurienal, si las condiciones del otorgamiento exigen la finalización del plan de actuación y la justificación de que se han realizado las correspondientes actividades, por ejemplo, la realización de cursos de formación, se considerarán no reintegrables cuando al cierre del ejercicio se haya ejecutado la actuación, total o parcialmente.

En el supuesto de ejecución parcial, el importe recibido se calificará como no reintegrable en proporción al gasto ejecutado, siempre que no existan dudas razonables de que se concluirá en los términos fijados en las condiciones del otorgamiento.

EJEMPLO 41:

La fundación «ENTORNO» ha iniciado al inicio del año 20X15 un programa de formación a trabajadores y colaboradores que se realizará en los tres próximos años siendo el presupuesto inicial de 120.000 u.m. de los que se han ejecutado en el ejercicio actual la tercera parte. La formación es impartida por una empresa externa y de la parte devengada se ha pagado el 90 por 100.

.../...

.../...

La Administración subvenciona el 60 por 100 del programa por lo que inicialmente la subvención es de 72.000 u.m. si bien serán abonadas en enero de los años 20X16, 20X17 y 20X18 siempre que se hayan justificado los gastos incurridos en cada ejercicio.

Solución:

Los gastos de formación que se han realizado en el ejercicio se contabilizan en las cuentas que por naturaleza les correspondan.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
629	Otros servicios	40.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		36.000
410	Acreedores por prestaciones de servicios		4.000

Por la obtención de la subvención:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	72.000	
522	Deudas a corto plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados		72.000

Al cierre del ejercicio la parte de la subvención que ha financiado los gastos en los que se ha incurrido se transforma en no reintegrable y se imputa a resultados, siempre y cuando no existan dudas razonables de que se concluirá el programa de formación en los términos fijados en las condiciones del otorgamiento.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
522	Deudas a corto plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados	24.000	
747	Otras subvenciones, donaciones y legados transferidos al excedente del ejercicio ($72.000 \times 1/3$)		24.000

Si la entidad invierte los fondos recibidos en un activo financiero de forma transitoria a la espera de aplicarlos a su finalidad, el rendimiento que origine la inversión se contabilizará siguiendo los criterios generales de registro y valoración establecidos para el citado elemento patrimonial, sin perjuicio de que el rendimiento de la inversión también deba aplicarse a la finalidad para la que fue otorgada la ayuda.

5.8.3. Criterios de imputación al excedente del ejercicio

La imputación al excedente del ejercicio de las subvenciones, donaciones y legados que tengan el carácter de no reintegrables se efectuará atendiendo a su finalidad.

En este sentido, el criterio de imputación de una subvención, donación o legado de carácter monetario deberá ser el mismo que el aplicado a otra subvención, donación o legado recibido en especie, cuando se refieran a la adquisición del mismo tipo de activo o a la cancelación del mismo tipo de pasivo.

A efectos de su imputación al excedente del ejercicio, habrá que distinguir entre los siguientes tipos de subvenciones, donaciones y legados:

- a) Cuando se obtengan para financiar gastos específicos: se imputarán como ingresos en el mismo ejercicio en el que se devenguen los gastos que estén financiando.
- b) Cuando se obtengan para adquirir activos o cancelar pasivos, se pueden distinguir los siguientes casos:
 - b.1) Activos del inmovilizado intangible, material e inversiones inmobiliarias: se imputarán como ingresos del ejercicio en proporción a la dotación a la amortización efectuada en ese periodo para los citados elementos o, en su caso, cuando se produzca su enajenación, corrección valorativa por deterioro o baja en balance. Se aplicará este mismo criterio si la ayuda tiene como finalidad compensar los gastos por grandes reparaciones a efectuar en los bienes del Patrimonio Histórico.
 - b.2) Bienes del Patrimonio Histórico: se imputarán como ingresos del ejercicio en que se produzca su enajenación, corrección valorativa por deterioro o baja en balance.
 - b.3) Existencias que no se obtengan como consecuencia de un *rappel* comercial: se imputarán como ingresos del ejercicio en que se produzca su enajenación, corrección valorativa por deterioro o baja en balance.
 - b.4) Activos financieros: se imputarán como ingresos del ejercicio en el que se produzca su enajenación, corrección valorativa por deterioro o baja en balance.
 - b.5) Cancelación de deudas: se imputarán como ingresos del ejercicio en que se produzca dicha cancelación, salvo cuando se otorguen en relación con una financiación específica, en cuyo caso la imputación se realizará en función del elemento financiado.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de enajenación del activo recibido, si la entidad estuviera obligada a destinar la contraprestación obtenida de manera simultánea a la adquisición de un activo de la misma naturaleza, la subvención, donación o legado se imputará como ingreso del ejercicio en el que cese la citada restricción.

Se considerarán en todo caso de naturaleza irreversible las correcciones valorativas por deterioro de los elementos en la parte en que estos hayan sido financiados gratuitamente.

EJEMPLO 42:**Subvenciones que financian gastos específicos**

La fundación «BETOSDA» ha concedido en el año 20X11 ayudas monetarias en el cumplimiento de sus fines por valor de 10.000 u.m. de las que 3.000 están subvencionadas por la Administración autonómica y pendientes de cobro.

Solución:

Por las ayudas no monetarias:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
650	Ayudas monetarias	10.000	
412	Beneficiarios, acreedores		10.000

Por el reconocimiento de la subvención que al estar relacionada con gastos devengados se imputa al excedente del ejercicio.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	3.000	
740	Subvenciones a la actividad		3.000

EJEMPLO 43:**Adquisición de inmovilizado**

La asociación «FAMILIAS NUMEROSAS» adquiere el 1 de julio de 20X20 mobiliario para uno de sus centros sociales por valor de 15.000 u.m. La vida útil es de 10 años. El 1 de septiembre recibe una subvención por el 25 por 100 del valor del mobiliario que es cobrada el 1 de octubre.

Solución:

El 1 de julio por la adquisición del mobiliario:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
216	Mobiliario	15.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		15.000

.../...

.../...

El 1 de septiembre por la concesión de la subvención que se califica como no reintegrable porque ya se ha cumplido el requisito de la adquisición del mobiliario.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	3.750	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital		3.750

El 31 de diciembre, por la amortización del mobiliario en función de su vida útil:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	750	
2816	Amortización acumulada de mobiliario $\left(\frac{15.000}{10} \times \frac{6}{12} \right)$		750

En la misma fecha por el traspaso al excedente del ejercicio de la subvención en la parte proporcional a la amortización efectuada:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	187,5	
745	Subvenciones de capital traspasadas al excedente del ejercicio		187,5

Por último, por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	3.750,0	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital		187,5
130	Subvenciones oficiales de capital		3.562,5

Si la entidad hubiese utilizado el PGC ESFL de PYMES los asientos relativos a la subvención son los siguientes:

Por la concesión:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	3.750	
130	Subvenciones oficiales de capital		3.750

.../...

.../...

Por el traspaso a resultados:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	187,5	
745	Subvenciones de capital traspasadas al excedente del ejercicio		187,5

EJEMPLO 44:

Bienes del Patrimonio Histórico

Una fundación ha recibido el 1 de octubre de 20X15 un importante cuadro cuyo valor razonable se estima en 40.000 u.m. El cuadro está calificado como bien integrante del Patrimonio Histórico Español según lo establecido en la Ley 16/1985, de 25 de junio.

El 1 de marzo de 20X16 el cuadro es vendido a un coleccionista privado por 42.000 u.m.

Solución:

1 de octubre de 20X15, por la donación del cuadro:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
244	Bienes muebles	40.000	
9421	Ingresos de otras donaciones y legados		40.000

31 de diciembre de 20X15.

Los bienes del Patrimonio Histórico no se someterán a amortización cuando su potencial de servicio sea usado tan lentamente que sus vidas útiles estimadas sean indefinidas, sin que los mismos sufran desgaste por su funcionamiento, uso o disfrute, por lo que solamente procede la regularización de la cuenta «Ingresos de otras donaciones y legados» (9421).

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
9421	Ingresos de otras donaciones y legados	40.000	
1321	Otras donaciones y legados		40.000

.../...

.../...

1 de marzo de 20X16, por la venta del cuadro y el traspaso de los ingresos contabilizados previamente en patrimonio al excedente del ejercicio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	42.000	
244	Bienes muebles		40.000
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material y de bienes del Patrimonio Histórico		2.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
8421	Transferencia de otras donaciones y legados	40.000	
747	Otras subvenciones, donaciones y legados transferidos al excedente del ejercicio		40.000

Por último, en esta misma fecha o bien al cierre del ejercicio por la regularización de la cuenta «Transferencia de otras donaciones y legados» (8421).

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
1321	Otras donaciones y legados	40.000	
8421	Transferencia de otras donaciones y legados		40.000

EJEMPLO 45:**Existencias**

La fundación «PREVENTIA» ha adquirido durante el año 20X18 existencias que serán entregadas a los beneficiarios en el cumplimiento de sus fines por un importe de 10.000 u.m. Las adquisiciones están financiadas por la Administración local en un 40 por 100. Al cierre del ejercicio le queda el 10 por 100 de las existencias adquiridas.

Solución:

Por las compras de existencias durante el ejercicio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
60-	Compras de existencias	10.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		10.000

.../...

.../...

Por el reconocimiento de la subvención asociada a las existencias que se han adquirido:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	4.000	
9420	Ingresos de otras subvenciones		4.000

A medida que se produzca el cobro de la subvención:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	4.000	
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas		4.000

Al cierre del ejercicio por el reflejo de las existencias finales y el traspaso ha resultado de la parte proporcional de la subvención respecto de las existencias entregadas.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
30-	Existencias	1.000	
61-	Variación de existencias		1.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
8420	Transferencia de otras subvenciones	3.600	
748	Otras subvenciones transferidas al excedente del ejercicio		3.600

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9 surgidas en la contabilización de la subvención:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
9420	Ingresos de otras subvenciones	4.000	
8420	Transferencia de otras subvenciones		3.600
1320	Otras subvenciones		400

EJEMPLO 46:

Activos financieros

La fundación «ESTRELLA» recibe al inicio del año 20X10 una subvención de la Administración local de 100.000 u.m. que se debe invertir en valores de renta fija y aplicar

.../...

.../...

los rendimientos obtenidos a los fines propios. Las condiciones de la subvención estipulan que transcurridos 10 años de la inversión los valores pueden ser vendidos.

Los rendimientos de los valores en el primer año han sido de 3.000 u.m. de las que se han cobrado 2.000 (retención 21%).

Los valores son vendidos en el año 20X22 una vez que se han cobrado todos los rendimientos.

Solución:

Por la concesión y cobro de la subvención y por la compra de los valores:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	100.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital		100.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000	
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas		100.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
251	Valores representativos de deuda a largo plazo	100.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

Por las 3.000 u.m. de intereses devengados por la inversión en el año 20X10 y el cobro de 2.000 u.m.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (2.000 × 79%)	1.580	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta (2.000 × 21%)	420	
546	Intereses a corto plazo de valores representativos de deudas	1.000	
761	Ingresos de valores representativos de deuda		3.000

Al cierre del ejercicio por la regularización de la cuenta «Ingresos de subvenciones oficiales de capital» (940):

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	100.000	
130	Subvenciones oficiales de capital		100.000

.../...

.../...

En el año 20X22 se produce la venta de los valores por lo que en ese momento además de registrar la venta procede imputar a resultados la subvención mediante el siguiente asiento:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	100.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al excedente del ejercicio		100.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	100.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital		100.000

EJEMPLO 47:

Deudas

La fundación «MESTRES» ha obtenido un préstamo de una entidad financiera de 200.000 u.m. que tiene las siguientes características:

- Fecha de concesión: 1 de enero de 20X15.
- Tipo de interés: 6% anual.
- Comisión de estudio y apertura: 1% del nominal.
- Amortización en cuatro anualidades constantes, pagaderas el 31 de diciembre de cada año.

La Administración concede una subvención del 10 por 100 del importe del préstamo que será satisfecha a medida que se produzca la amortización del mismo.

Solución:

El equilibrio financiero que nos resuelve la anualidad constante que amortiza el préstamo es el siguiente:

$$200.000 = \frac{\text{Pago}}{1,06} + \frac{\text{Pago}}{1,06^2} + \frac{\text{Pago}}{1,06^3} + \frac{\text{Pago}}{1,06^4}$$

$$\text{Pago} = 57.718,30$$

.../...

.../...

A partir de la anualidad, el cuadro de amortización de préstamo es el siguiente:

Periodo	Capital vivo inicio periodo	Intereses	Pago	Amortización	Capital vivo final periodo
1	200.000,00	12.000,00	57.718,30	45.718,30	154.281,70
2	154.281,70	9.256,90	57.718,30	48.461,40	105.820,31
3	105.820,31	6.349,22	57.718,30	51.369,08	54.451,22
4	54.451,22	3.267,07	57.718,30	54.451,22	0,00
		30.873,19		200.000,00	

Desde el punto de vista contable, este tipo de pasivos financieros se valoran inicialmente por su valor razonable que, salvo evidencia en contrario, será el precio de la transacción, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación recibida ajustado por los costes de transacción que les sean directamente atribuibles. La valoración posterior es por su coste amortizado. Los intereses devengados se contabilizarán en la cuenta de pérdidas y ganancias, aplicando el método del tipo de interés efectivo.

El tipo de interés efectivo del préstamo, que nos permitirá calcular el coste amortizado en cada momento, es el siguiente:

$$200.000 - 2.000 = \frac{57.718,30}{(1 + i)} + \frac{57.718,30}{(1 + i)^2} + \frac{57.718,30}{(1 + i)^3} + \frac{57.718,30}{(1 + i)^4}$$

$$I = 6,440289\%$$

Periodo	Coste amortizado inicio periodo	Intereses al tipo de interés efectivo	Pago	Amortización	Coste amortizado final periodo
1	198.000,00	12.751,77	57.718,30	44.966,53	153.033,47
2	153.033,47	9.855,80	57.718,30	47.862,50	105.170,97
3	105.170,97	6.773,31	57.718,30	50.944,98	54.225,99
4	54.225,99	3.492,31	57.718,30	54.225,99	0,00
		32.873,19		198.000,00	

El 1 de enero de 20X15 por el préstamo recibido y el reconocimiento de la obtención de la subvención por importe del 10 por 100 del préstamo.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	198.000,00	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		44.966,53
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		153.033,47

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	20.000	

.../...

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
...			
942	Ingresos de otras subvenciones		20.000

31 de diciembre de 20X15, por los intereses devengados, el pago de la primera anualidad y la transferencia de la subvención en la parte proporcional a la amortización:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	12.751,77	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito		12.000,00
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		751,77

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	12.000,00	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	45.718,30	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		57.718,30

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
842	Transferencia de otras subvenciones, donaciones y legados ($10\% \times 45.718,30$)	4.571,83	
747	Otras subvenciones, donaciones y legados transferidos al excedente del ejercicio		4.571,83

Por último por la reclasificación a corto plazo de la próxima cuota de amortización y la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	47.862,50	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		47.862,50

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
942	Ingresos de otras subvenciones	20.000,00	
842	Transferencia de otras subvenciones, donaciones y legados		4.571,83
132	Otras subvenciones, donaciones y legados		15.428,17

5.8.4. Cesiones recibidas de activos no monetarios y de servicios sin contraprestación

5.8.4.1. Cesión de uso de un terreno de forma gratuita y tiempo determinado ².

La entidad reconocerá un inmovilizado intangible por el importe del valor razonable atribuible al derecho de uso cedido. Asimismo, registrará un ingreso directamente en el patrimonio neto, que se reclasificará al excedente del ejercicio como ingreso sobre una base sistemática y racional, de acuerdo con los criterios incluidos en el apartado 3 de esta norma.

El citado derecho se amortizará de forma sistemática en el plazo de la cesión. Adicionalmente, las inversiones realizadas por la entidad que no sean separables del terreno cedido en uso se contabilizarán como inmovilizados materiales cuando cumpla la definición de activo.

Estas inversiones se amortizarán en función de su vida útil, que será el plazo de la cesión—incluido el periodo de renovación cuando existan evidencias que soporten que la misma se va a producir—, cuando esta sea inferior a su vida económica. En particular, resultará aplicable este tratamiento contable a las construcciones que la entidad edifique sobre el terreno, independientemente de que la propiedad recaiga en el cedente o en la entidad.

EJEMPLO 48:

La fundación «ALBERGUES» recibe un terreno el 30 de junio de 20X16 por un periodo de 10 años. El valor razonable de derecho al uso del terreno se estima en 30.000 u.m. Durante el segundo semestre se construyen diversas instalaciones por valor de 20.000 u.m. y que tienen una vida útil de 9 años estando en condiciones de funcionamiento el 1 de abril de 20X17.

Solución:

El 30 de junio por la recepción del terreno:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
20-	Derecho al uso de terrenos	30.000	
9421	Ingresos de otras donaciones y legados		30.000

Por la construcción de diversas instalaciones durante el segundo semestre:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
235	Otras instalaciones en curso	20.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		20.000

.../...

² El tratamiento contable ya estaba contemplado en el consulta 6 del BOICAC 84.

.../...

Al 31 de diciembre por la amortización de derecho al uso:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible	1.500	
280-	Amortización acumulada derecho de uso del terreno		1.500
	$\left(\frac{30.000}{10} \times \frac{6}{12} \right)$		

1 de abril de 20X17, por la entrada en funcionamiento de las instalaciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
215	Otras instalaciones	20.000	
235	Otras instalaciones en curso		20.000

31 de diciembre de 20X17, por las amortizaciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible	3.000	
280-	Amortización acumulada derecho de uso del terreno		3.000
	(30.000/10)		

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	1.667	
2815	Amortización acumulada de otras instalaciones		1.667
	$\left(\frac{20.000}{10} \times \frac{9}{12} \right)$		

5.8.4.2. Cesión de uso de un terreno de forma gratuita y tiempo determinado ³

Si junto al terreno se cede una construcción, el tratamiento contable será el descrito en el apartado anterior de este trabajo. No obstante, si el plazo de cesión es superior a la vida útil de la construcción, considerando el fondo económico de la operación, el derecho de uso atribuible a la misma se contabilizará como un inmovilizado material, amortizándose con arreglo a los criterios generales aplicables a estos elementos patrimoniales. Este mismo tratamiento resultará aplicable al terreno si se cede por tiempo indefinido.

³ El tratamiento contable ya estaba contemplado en el consulta 6 del BOICAC 84.

EJEMPLO 49:

La fundación «ALBERGUES» recibe el 1 de enero de 20X11, por parte de una multinacional, un edificio en el que realizará sus actividades. El periodo de la cesión es de 10 años siendo el valor razonable del edificio 10.000 u.m. (8.000 a la construcción y 2.000 al terreno). La vida útil del edificio es de 40 años.

Solución:

1 de enero de 20X11, por la recepción del derecho al uso del edificio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
20-	Derecho al uso de terrenos	2.000	
20-	Derecho al uso de edificios	8.000	
9421	Ingresos de otras donaciones y legados		10.000

Al 31 de diciembre por la amortización de los derechos de uso y la transferencia al excedente del ejercicio de la parte proporcional a la amortización:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible	1.000	
280-	Amortización acumulada derecho de uso del terreno (2.000/10)		200
280-	Amortización acumulada derecho de uso del edificio (8.000/10)		800

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
8421	Transferencia de otras donaciones y legados	1.000	
747	Otras subvenciones, donaciones y legados transferidos al excedente del ejercicio		1.000

Por último, por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
9421	Ingresos de otras donaciones y legados	10.000	
8421	Transferencia de otras donaciones y legados		1.000
1321	Otras subvenciones, donaciones y legados		9.000

EJEMPLO 50:

La fundación «ALBERGUES» ha recibido el 1 de enero de 20X21 la cesión gratuita de mobiliario para sus centros ocupacionales por un periodo de 20 años siendo el valor razonable del derecho de uso en el momento actual de 5.000 u.m. La vida pendiente del mobiliario se estima en 15 años.

Solución:

En este caso el periodo de cesión es superior a la vida útil de los activos por lo que estos deben registrarse como un inmovilizado material y amortizarse en función de su vida útil. Este mismo tratamiento resultará aplicable al terreno si se cede por tiempo indefinido.

1 de enero de 20X21, por la cesión del mobiliario:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
216	Mobiliario	5.000	
9421	Ingresos de otras donaciones y legados		5.000

31 de diciembre de 20X21, por la amortización del mobiliario, la transferencia del excedente del ejercicio y la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	333	
2816	Amortización acumulada de mobiliario (5.000/15)		333

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
8421	Transferencia de otras donaciones y legados	333	
747	Otras subvenciones, donaciones y legados transferidos al excedente del ejercicio		333

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
9421	Ingresos de otras donaciones y legados	5.000	
8421	Transferencia de otras donaciones y legados		333
1321	Otras donaciones y legados		4.667

En los ejercicios siguientes se seguirá realizando la amortización, la transferencia al excedente del ejercicio y la regularización de la cuenta del grupo 8.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	333	
2816	Amortización acumulada de mobiliario (5.000/15)		333

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
8421	Transferencia de otras donaciones y legados	333	
747	Otras subvenciones, donaciones y legados transferidos al excedente del ejercicio		333

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
1321	Otras donaciones y legados	333	
8421	Transferencia de otras donaciones y legados		333

5.8.4.3. Cesión del inmueble de forma gratuita por un periodo de un año prorrogable por periodos iguales, o por tiempo indefinido ⁴

Si la cesión se pacta por un periodo de un año, renovable por periodos iguales, o por un periodo indefinido reservándose el cedente la facultad de revocarla al cierre de cada ejercicio, la entidad no contabilizará activo alguno, limitándose a reconocer todos los años un gasto de acuerdo con su naturaleza y un ingreso por la subvención/donación en la cuenta de resultados por la mejor estimación del derecho cedido.

No obstante, cuando existan indicios que pudieran poner de manifiesto que dichas prórrogas se acordarán de forma permanente sin imponer condiciones a la entidad, distintas de la simple continuidad en sus actividades, el tratamiento contable de la operación deberá asimilarse al supuesto descrito en el apartado 5.8.4.2 de este trabajo. En el supuesto de cesiones por un periodo indefinido se aplicará un tratamiento similar.

EJEMPLO 51:

La fundación «VALORA» ha obtenido el 1 de enero de 20X16 la cesión gratuita de un inmueble, con la condición de que se utilice para los fines propios, por un periodo indefinido reservándose el cedente la posibilidad de revocarla al final de cada año. Al final del año 20X16 la estimación del valor del derecho utilizado es de 2.000 u.m.

Solución:

En este caso la fundación debe reconocer un gasto según su naturaleza y un ingreso por donaciones en la cuenta de resultados.

.../...

⁴ El tratamiento contable ya estaba contemplado en el consulta 6 del BOICAC 84.

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	2.000	
740	Subvenciones a la actividad		2.000

EJEMPLO 52:

La fundación «VALORA» ha obtenido el 1 de enero de 20X16 la cesión gratuita de un inmueble, con la condición de que se utilice para los fines propios, por un periodo indefinido reservándose el cedente la posibilidad de revocarla al fin de cada año, aunque se prevé que la cesión durará al menos 10 años. En el momento de la cesión se estima que el valor del derecho al uso es 16.000 u.m. y la vida útil del inmueble 30 años.

Solución:

A partir de las condiciones de cesión y del análisis de duración futura se contabiliza como un derecho al uso:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
20-	Derecho de uso sobre edificios	16.000	
9421	Ingresos de otras donaciones y legados		16.000

Los asientos siguientes son similares a los descritos en el apartado 5.8.4.2.

5.8.4.4. Servicios sin contraprestación

La entidad reconocerá en la cuenta de resultados un gasto de acuerdo con su naturaleza y un ingreso en concepto de subvención/donación por la mejor estimación del valor razonable del servicio recibido.

EJEMPLO 53:

La fundación «AGUAVIVA» ha recibido asesoramiento de forma gratuita por parte de una empresa de consultoría sobre la implantación de un control de gestión durante el año 20X16. El valor razonable de los servicios recibidos se estima en 14.000 u.m.

.../...

.../...

Solución:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
651	Ayudas no monetarias	14.000	
742	Donaciones a la explotación		14.000

5.9. Fusiones entre entidades no lucrativas

La norma que desarrolla el PGC ESFL es exclusivamente para las fusiones en las que intervengan ESFL. En el caso de que la ESFL adquiera un negocio se aplican los criterios de la NRV 19.^a «Combinaciones de negocios» del PGC 2007.

Si la fusión se produce entre ESFL, los elementos patrimoniales de la entidad resultante de la fusión se valorarán por los valores contables que tuvieran en cada una de las entidades antes de la operación. Del mismo modo, la entidad resultante trasladará a su patrimonio neto los epígrafes y partidas que lucían en el patrimonio neto de las entidades que participan en la fusión. Los honorarios abonados a asesores legales, u otros profesionales que intervengan en la operación se contabilizarán como un gasto en la cuenta de resultados.

EJEMPLO 54:

La fundación «ABABIA» que tiene como finalidad la prestación de servicios sanitarios, adquiere un hospital a una compañía aseguradora, negocio que presenta el siguiente balance que sirve de base a la operación:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Terrenos y bienes naturales	10.000	Capital social	35.000
Construcciones	60.000	Reservas	61.000
Otras instalaciones	40.000	Deudas a largo plazo	19.000
Existencias	7.000	Préstamos a corto plazo de entidades de crédito	3.000
Deudores	5.000	Proveedores	4.000
Total	122.000	Total	122.000

.../...

.../...

El valor razonable de los elementos adquiridos coincide con su valor contable excepto los dos siguientes:

- Terrenos y bienes naturales 15.000
- Construcciones 80.000

El precio pactado para la adquisición del hospital es de 130.000 u.m.

Solución:

Como se ha señalado anteriormente, el proceso contable de la incorporación del negocio adquirido se realiza a partir de lo establecido en la NRV 19.^a del PGC 2007, por lo que los elementos adquiridos se incorporan en la entidad adquirente a valor razonable. La diferencia entre la contraprestación entregada y el valor razonable de los activos adquiridos menos los pasivos asumidos se registra como fondo de comercio o un ingreso (diferencia negativa en combinaciones de negocios) según proceda.

Valor razonable de los activos identificables adquiridos		147.000
Terrenos y bienes naturales	15.000	
Construcciones	80.000	
Otras instalaciones	40.000	
Existencias	7.000	
Deudores	5.000	
Valor razonable pasivos asumidos		26.000
Deudas a largo plazo	19.000	
Préstamos a corto plazo	3.000	
Proveedores	4.000	
Valor razonable activos identificables menos pasivos		121.000

Contraprestación entregada	130.000
Menos valor razonable activos identificables adquiridos menos pasivos asumidos	-121.000
Fondo de comercio	9.000

Si el importe de la contraprestación entregada fuese menor que el valor razonable de los activos identificables adquiridos menos los pasivos asumidos, la diferencia se registra como un ingreso de la entidad adquirente en la cuenta «Diferencia negativa en combinaciones de negocios» (774).

Disolución de la entidad adquirida

Por el traspaso del activo real y del pasivo exigible, considerando que la NRV 19.^a «Combinaciones de negocios» del PGC 2007 indica que se realiza cancelando las corres-

.../...

.../...

pondientes partidas del balance y reconociendo el resultado de la operación en la cuenta de pérdidas y ganancias, por diferencia entre el valor en libros del negocio transmitido y el valor razonable de la contraprestación recibida a cambio, neta de los costes de transacción.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
171	Deudas a largo plazo	19.000	
5200	Préstamos a corto plazo de entidades de crédito	3.000	
400	Proveedores	4.000	
551	Cuenta corriente con socios y administradores	130.000	
210	Terrenos y bienes naturales		10.000
211	Construcciones		60.000
215	Otras instalaciones		40.000
30	Existencias		7.000
440	Deudores		5.000
129	Resultado del ejercicio		34.000

Por la fijación del haber social y el cierre de la contabilidad:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	35.000	
11	Reservas	61.000	
129	Resultado del ejercicio	34.000	
551	Cuenta corriente con socios y administradores		130.000

Contabilidad de la fundación «ABABIA» (entidad adquirente)

Por la recepción de los activos adquiridos y los pasivos asumidos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	15.000	
211	Construcciones	80.000	
212	Otras instalaciones	40.000	
30	Existencias	7.000	
440	Deudores	5.000	
204	Fondo de comercio	9.000	
171	Deudas a largo plazo		19.000
5200	Préstamos a corto plazo de entidades de crédito		3.000
400	Proveedores		4.000
521	Deudas a corto plazo		130.000

.../...

.../...

Por el pago de la duda generada por la adquisición del negocio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
521	Deudas a corto plazo	130.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		130.000

EJEMPLO 55:

Fusión entre entidades no lucrativas

Los Patronatos de las fundaciones «AMICS» y «LLIURE» han acordado la fusión entre ambas entidades mediante la absorción de la segunda por parte de la primera. La fusión se lleva a cabo el 31 de diciembre de 20X15, elevándose el acuerdo a escritura pública e inscribiéndola en el registro correspondiente. La aportación de la fundación absorbida se destina íntegramente como dotación fundacional.

Los balances que sirven de base para la operación son los siguientes:

FUNDACIÓN «AMICS».

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Terrenos y bienes naturales	10.000	Dotación fundacional	40.000
Construcciones	40.000	Reservas	20.000
Mobiliario	6.000	Excedente del ejercicio	5.000
Equipos para procesos de información	12.000	Deudas a largo plazo	6.000
		Deudas a corto plazo	6.000
Usuarios, deudores	15.000	Beneficiarios, acreedores	6.000
Total	83.000	Total	83.000

FUNDACIÓN «LLIURE».

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Terrenos y bienes naturales	6.000	Dotación fundacional	14.000
Mobiliario	9.000	Reservas	6.000
Equipos para procesos de información	13.000	Deudas a largo plazo	6.000
Otro inmovilizado material	2.000	Deudas a corto plazo	4.000
Total	30.000	Total	30.000

.../...

.../...

Los honorarios legales del proceso (escritura, inscripción, etc.) han sido de 800 u.m. abonados por la entidad absorbente.

Solución:

El importe del patrimonio de la fundación absorbida es:

Conceptos	Importe
Terrenos y bienes naturales	6.000
Mobiliario	9.000
Equipos para procesos de información	13.000
Otro inmovilizado material	2.000
Valor de los activos	30.000
Deudas a largo plazo	6.000
Deudas a corto plazo	4.000
Valor de los pasivos	10.000
Patrimonio: Activos – Pasivos	20.000

Este valor también se podría haber calculado a partir de los componentes del patrimonio:

Conceptos	Importe
Dotación fundacional	14.000
Reservas	6.000
Patrimonio	20.000

La recepción de estos elementos patrimoniales por parte de la fundación absorbente implicará un incremento de la dotación fundacional de 20.000 u.m.

Disolución de la entidad adquirida «LLIURE»

En este caso, dado que la norma del PGC ESFL indica que los activos y pasivos traspasados se valoran por el valor contable que tenían antes de la operación, el importe del patrimonio se reconoce por su valor contable y no por su valor razonable:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
171	Deudas a largo plazo	6.000	
521	Deudas a corto plazo	4.000	
553-	Fundación, cuenta de fusión	20.000	
210	Terrenos y bienes naturales		6.000
216	Mobiliario		9.000

.../...

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
...			
217	Equipos para procesos de información		13.000
219	Otro inmovilizado material		2.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Dotación fundacional	14.000	
11	Reservas	6.000	
553-	Fundación, cuenta de fusión		20.000

Contabilidad de la fundación «AMICS» (entidad adquirente)

Como se ha indicado anteriormente al tratarse de una fusión de ESFL los activos y pasivos se valoran por el valor contable que antes de la operación.

Por la recepción de los activos y pasivos adquiridos y el incremento de la dotación fundacional:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	6.000	
216	Mobiliario	9.000	
217	Equipos para procesos de información	13.000	
219	Otro inmovilizado material	2.000	
171	Deudas a largo plazo		6.000
521	Deudas a corto plazo		4.000
100	Dotación fundacional		20.000

Por los gastos asociados al proceso de fusión que en las fusiones entre ESFL se imputan a resultados del ejercicio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
62	Servicios exteriores	800	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		800

Si la forma jurídica elegida hubiese sido la fusión por creación, el proceso es similar al expuesto en el ejemplo anterior, con las particularidades siguientes:

- Hay que registrar la disolución de las ESFL que intervienen en el proceso.

- Se realiza la constitución de una nueva ESFL con los activos y pasivos que le han traspasado las que se extinguen.

Por último, señalar que cualquier pérdida por deterioro previamente reconocida por las citadas entidades en relación con créditos y débitos recíprocos, deberá revertir y contabilizarse como un ingreso en la cuenta de resultados de la entidad que hubiera contabilizado la pérdida por deterioro. En la fecha en que se produzca el traspaso del patrimonio a la entidad resultante de la operación, los mencionados créditos y débitos deberán cancelarse en la contabilidad de esta última.

NOVEDADES Y REPERCUSIÓN DE LA ORDEN EHA/3360/2010 EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

JOSÉ LUIS ZARZOSO LINO

Director Financiero

PEDRO CARMONA IBÁÑEZ

Profesor Titular de la Universidad de Valencia

Extracto:

EL trabajo analiza las principales novedades e implicaciones introducidas en la normativa contable de las sociedades cooperativas, derivadas del proceso de armonización contable internacional.

La aplicación del criterio de exigibilidad en la calificación de las fuentes de financiación es determinante en la situación patrimonial de las cooperativas. Esta delimitación, recogida en la Orden EHA/3360/2010, puede ser la causa de la reclasificación como pasivo financiero de una parte significativa del patrimonio neto de las cooperativas. Así, salvo que estas cuenten con el derecho incondicional a rehusar el reembolso de las aportaciones de sus socios, su equilibrio patrimonial podría deteriorarse.

Palabras clave: cooperativas, Orden EHA/3360/2010, reforma contable, armonización contable y contabilidad.

CHANGES AND IMPLICATIONS OF THE ORDER EHA/3360/2010 IN COOPERATIVES' ACCOUNTING REGULATION

JOSÉ LUIS ZARZOSO LINO

Director Financiero

PEDRO CARMONA IBÁÑEZ

Profesor Titular de la Universidad de Valencia

Abstract:

IN this paper we study the main changes and implications introduced in the accounting legislation of the cooperative societies, regarding the international accounting harmonization process.

The application of the provision of enforceability to categorize the source of financing is essential in order to determine a cooperative's financial position. This provision, contained in Order EHA/3360/2010, may conduct to consider a substantial portion of a cooperative's net equity as financial liabilities. Hence, a cooperative holding the unconditional right to refuse reimbursement of the shareholder contributions would have a better financial position than a cooperative not holding this right.

Keywords: cooperatives, Order EHA/3360/2010, accounting reform, accounting harmonization and accounting.

Sumario

1. Introducción.
2. Antecedentes normativos.
3. Objetivo y principales características de la Orden EHA/3360/2010.
 - 3.1. Objetivo de la Orden.
 - 3.2. Principales características.
4. Modificaciones sustanciales introducidas por la Orden EHA/3360/2010 y sus implicaciones en las sociedades cooperativas.
 - 4.1. Modificaciones sustanciales.
 - 4.2. Otras modificaciones destacables.
5. Consecuencias prácticas de la aplicación de la Orden.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El 29 de diciembre de 2010 el Ministerio de Economía y Hacienda publicó en el BOE la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas. Esta Orden sustituye a su antecedente, la Orden ECO/3614/2003, de 16 de diciembre, y adapta la normativa contable cooperativa a lo establecido en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, y en el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.

Esta adaptación afecta especialmente a las sociedades cooperativas en su situación patrimonial, ya que el cambio contable de la calificación de las fuentes de financiación de las empresas, basado a partir de ahora en la aplicación del criterio de exigibilidad, es tan sustancial que es determinante en la situación patrimonial de las cooperativas. En concreto, la delimitación implica que las aportaciones de los socios y otros partícipes a las mismas, en la medida en que no otorguen a la sociedad cooperativa el derecho incondicional a rehusar su reembolso, deben calificarse como pasivo financiero. La aplicación de esta delimitación obligaría, en la mayoría de los casos, a que el patrimonio neto de las cooperativas se reclasificase como pasivo financiero, reduciéndose significativamente el patrimonio de estas, causando importantes desequilibrios.

Para evitar estos desequilibrios, la Ley 16/2007, de 4 de julio, modificó la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, permitiendo mediante acuerdo de la Asamblea General de las cooperativas otorgar al Consejo Rector la facultad de rehusar al reembolso de las aportaciones de los socios. Introduciendo esta modificación en los estatutos sociales de las cooperativas, las aportaciones se calificarían contablemente como patrimonio neto.

Es esta la principal novedad introducida por la Orden EHA/3360/2010, aunque no la única. En este trabajo se analiza en profundidad la citada Orden, junto al resto de legislación que en materia contable afectan a las sociedades cooperativas, con la pretensión de profundizar en el conocimiento de los antecedentes normativos que han motivado la publicación de la Orden EHA/3360/2010 y, al mismo tiempo, resumir las implicaciones sustanciales introducidas en esta Orden.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

En plena globalización económica, a mediados de los noventa, la Unión Europea anuncia un cambio de estrategia en la armonización del Derecho contable. En marzo del año 2000 se puede identificar el informe *La estrategia de la UE en materia de información financiera: el camino a seguir por parte del Consejo Europeo* que marca el inicio de un proceso que terminará incorporando al Derecho comunitario las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) y las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), así como sus interpretaciones, procedentes de una organización privada internacional: el International Accounting Standard Board (IASB). Este cambio de estrategia se plasma en el 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.

En España, este proceso, iniciado con la Ley 62/2003, culminó con la aprobación del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad y el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad específico para las Pymes que incluye criterios simplificados para el registro de determinadas operaciones por parte de las microempresas. Estos textos entraron en vigor el 1 de enero de 2008.

Esta reforma de las normas contables en España, como consecuencia del proceso de armonización contable europea antes citado, conlleva un importante cambio en relación con los instrumentos financieros que afectan a todo tipo de empresas y, en particular, en lo referente al capital social de las sociedades cooperativas.

Es la disposición adicional cuarta de 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 que introduce una dualidad en el capital social de las cooperativas señalando que estará constituido por las aportaciones obligatorias y voluntarias de los socios y que, además, estas podrán ser con derecho a reembolso en caso de baja o, por el contrario, aportaciones cuyo reembolso en dicha circunstancia podrá ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector.

Por su parte, el Código de Comercio adopta uno de los principios de esta reforma internacional contable, por el que prevalece el fondo sobre la forma. La NIC 32, que recoge los aspectos relativos a los instrumentos financieros, afirma que algunos instrumentos toman la forma legal de instrumentos de patrimonio, pero, en el fondo, son pasivos mientras que otros pueden combinar características asociadas con instrumentos de patrimonio y otras asociadas con pasivos financieros.

La importancia que para las sociedades cooperativas tiene la aplicación de lo establecido en la NIC 32 forzó la publicación de la Interpretación CINIIF 2, aportaciones de socios de entidades cooperativas e instrumentos similares. En esta interpretación se señala que las aportaciones de los socios serán consideradas patrimonio neto si la entidad tiene el derecho incondicional a rechazar el rescate de las mismas, o bien, si el rescate estuviera incondicionalmente prohibido por la ley local, reglamento o los estatutos de la entidad.

Esto significa que la financiación de las cooperativas se divide en recursos exigibles y recursos no exigibles, teniendo la consideración de patrimonio neto únicamente aquellos instrumentos financieros que no cumplan la definición de pasivo exigible. Lo mismo ocurre con las rentas que proporcionen las aportaciones a las cooperativas, puesto que se clasificarán atendiendo al carácter de la aportación, así si la aportación es considerada pasivo las rentas serán gastos financieros; y, si la aportación se considera patrimonio neto, sus rentas se considerarán distribución de resultados (patrimonio neto).

A la vista de la repercusión que sobre las sociedades cooperativas tiene la aplicación de estos principios contables, y para evitar desequilibrios patrimoniales, la Ley 16/2007 introdujo una serie de modificaciones en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, permitiendo que la Asamblea de las diferentes cooperativas modificase los estatutos sociales otorgando al Consejo Rector la facultad de rehusar el reembolso de las aportaciones.

Para facilitar los desarrollos normativos autonómicos, la disposición transitoria quinta «Desarrollos normativos en materia contable», del Real Decreto 1514/2007, al que a su vez remite la disposición transitoria sexta del Real Decreto 1515/2007, determina que los criterios por los que se establece la delimitación entre fondos propios y fondos ajenos de la Orden 3614/2003 podrían seguirse aplicando hasta 31 de diciembre de 2009.

Transcurrido dicho plazo, y ante la ausencia de los cambios necesarios, se consideró necesario ampliar de forma excepcional, a través del Real Decreto 2003/2009, de 23 de diciembre, la vigencia de los criterios por los que se establecía la delimitación entre fondos propios y ajenos, hasta 31 de diciembre de 2010.

Finalmente, el 1 de enero de 2011 entra en vigor la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas.

3. OBJETIVO Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA ORDEN EHA/3360/2010

3.1. Objetivo de la Orden

La Orden EHA/3360/2010 se aprueba con la finalidad de que las sociedades cooperativas puedan tener a su disposición unas normas contables que les permitan seguir suministrando información

financiera en el marco del Plan General de Contabilidad y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas, en sintonía por tanto con las NIIF adoptadas por la Unión Europea, pero considerando la especialidad del régimen sustantivo de la sociedad cooperativa.

3.2. Principales características

La Orden EHA/3360/2010 consta de dos artículos:

- El artículo 1 aprueba las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas.
- El artículo 2 determina que la Orden se aplicará a las cooperativas no financieras. Las cooperativas de crédito y de seguros aplicarán la normativa contable específica para este tipo de entidades. Por su parte, las cooperativas financieras aplicarán la Orden en aquellos aspectos no regulados expresamente en sus normas específicas.

Además de estos dos artículos, la Orden cuenta con una disposición adicional, donde define el capital social cooperativo con base en la definición que este reciba en su legislación aplicable, al margen de su calificación contable como patrimonio neto o pasivo financiero.

Asimismo, en su disposición transitoria única y en su disposición final segunda, la Orden establece que, con fecha 1 de enero de 2011, las cooperativas en la medida en que deban reclasificar determinadas partidas de patrimonio al pasivo de la entidad lo harían por su valor contable.

A su vez, las normas sobre los aspectos contables de las cooperativas se estructuran en 13 normas:

- Norma primera: tiene por objeto delimitar el patrimonio neto, detallando las partidas que integran los fondos propios.
- Norma segunda: introduce novedades sustanciales, ya que define el concepto de capital social cooperativo y su valoración como fondos propios, instrumento financiero compuesto o pasivo financiero, con base en la exigibilidad de los fondos aportados, a diferencia de la normativa que se venía aplicando basada en el carácter de permanencia de los fondos.

Esta norma segunda también define el tratamiento de la remuneración asociada al capital social de la cooperativa, en función de su carácter discrecional u obligatorio.

- Norma tercera: regula otras aportaciones de los socios, que se califican como fondos propios siempre que no sean reintegrables y no se perciban por la cooperativa en contraprestación de bienes o servicios prestados por ella a los socios.
- Norma cuarta: recoge los fondos de reserva específicos. Así el Fondo de Reserva Obligatorio será pasivo financiero o fondo propio en la medida en que sea repartible o no.

- Norma quinta: trata los fondos subordinados que serían reembolsables solo en caso de liquidación de la cooperativa. Se considerarían fondos propios cuando además no llevan aparejada una remuneración obligatoria.
- Norma sexta: otra que introduce modificaciones sustanciales en la regulación del Fondo de Educación, Formación y Promoción. Así, se contabiliza como un pasivo corriente o no corriente en función de su vencimiento, en una agrupación independiente. Por otra parte, en la cuenta de pérdidas y ganancias se abre una partida en la que de forma desagregada se refleja la dotación al fondo, las subvenciones, donaciones y las sanciones que deban imputarse al mismo.
- Norma séptima: afecta a la cuenta de pérdidas y ganancias, indicando que para su determinación serán de aplicación los principios y normas obligatorios contenidos en la primera, segunda y tercera parte del nuevo Plan General Contable, sin perjuicio de las reglas específicas contenidas en las presentes normas.
- Norma octava, novena y décima: no introduce apenas modificaciones en relación con el registro contable de ingresos y gastos consecuencia de operaciones con socios.
- Norma undécima: relativa a la distribución de resultados, refleja en tres apartados la incidencia en las cuentas anuales de la aplicación de los beneficios y la imputación de las pérdidas de las sociedades cooperativas.

Esta norma también está dedicada al tratamiento contable de las aportaciones al Fondo de Reconversión de resultados.

- Norma duodécima: regula las reglas generales de registro del gasto por impuesto sobre beneficios que grava el resultado cooperativo y extracooperativo.
- Norma decimotercera: se refiere a la confección de las cuentas anuales de las cooperativas, que se elaborarán de acuerdo con lo establecido en el Plan General Contable, incluyendo la información específica que ha de incluir la memoria para la comprensión de las cuentas anuales de las sociedades cooperativas.

Por último, los anexos I y II a las normas incorporan los modelos de cuentas anuales que deben presentar las sociedades cooperativas, conjuntamente con la memoria, adaptados a las peculiaridades de este tipo de sociedades: modelos de balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto y estado de flujos de efectivo.

4. MODIFICACIONES SUSTANCIALES INTRODUCIDAS POR LA ORDEN EHA/3360/2010 Y SUS IMPLICACIONES EN LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

Como hemos visto hasta el momento, la Orden EHA/3360/2010 pretende que desde el 1 de enero de 2011 las cooperativas no financieras tengan unas normas contables, donde la distinción entre

patrimonio neto y pasivo financiero esté en sintonía con el Plan General de Contabilidad y las NIIF adoptadas en la Unión Europea, considerando la especialidad del régimen sustantivo de la sociedad cooperativa.

VILLACORTA (2011) define este régimen de la siguiente forma: «Una sociedad cooperativa es una asociación autónoma de personas, físicas o jurídicas, que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática, llevando a cabo su actividad en régimen de cooperación y bajo el interés común de desarrollar una actividad en la que ellos mismos intervienen».

La aplicación de este cambio contable introduce dos novedades sustanciales, con importantes implicaciones en las sociedades cooperativas, así como una serie de modificaciones de menor relevancia que se recogen entre las normas que van desde la segunda hasta la sexta.

Las dos modificaciones sustanciales a las que se hace referencia son:

1. Aplicación del criterio de exigibilidad en la calificación de las fuentes de financiación.
2. La problemática en cuanto al tratamiento contable de la remuneración de las aportaciones al capital social y sus implicaciones en la cuenta de resultados.

Otras modificaciones destacables son:

- El tratamiento contable de otras aportaciones de socios no reintegrables (norma tercera).
- La calificación de los Fondos de Reserva específicos de las sociedades cooperativas (norma cuarta).
- La calificación de los Fondos Subordinados con vencimiento en la liquidación de la cooperativa (norma quinta).
- La contabilización del Fondo de Educación, Formación y Promoción (norma sexta).

4.1. Modificaciones sustanciales

1. Aplicación del criterio de exigibilidad en la calificación de las fuentes de financiación

La novedad que afecta más profundamente a las sociedades cooperativas es la aplicación del criterio de exigibilidad. A diferencia de la anterior, la Orden EHA/3360/2010 califica contablemente el capital social de las cooperativas como fondos propios, pasivo o instrumentos financieros compuestos, con base en la exigibilidad de los fondos aportados.

El criterio de exigibilidad puede suponer que partidas que con la Orden anterior se contabilizaban como patrimonio neto, con la nueva Orden se tengan que contabilizar como pasivo, lo que puede provocar que el patrimonio neto de la cooperativa se reduzca significativamente.

En concreto, esta medida afecta al capital social de la cooperativa, y como veremos más adelante, a sus fondos de reserva específicos y a la remuneración de las aportaciones al capital social de la cooperativa.

Tomando por el momento en consideración solo el capital social, y dejando para más adelante las otras partidas afectadas, se puede ver que la nueva Orden califica el capital social de la cooperativa como fondos propios siempre que no arroje una obligación de devolución, es decir, desde un punto de vista contable, formarán parte del patrimonio neto las aportaciones al capital social cuyo reembolso puede ser rehusado por el Consejo Rector, siempre que no obliguen a la sociedad cooperativa a pagar una remuneración obligatoria al socio o partícipe.

El capital social se calificará como pasivo cuando el reembolso no pueda ser rehusado por el Consejo Rector o exista una remuneración obligatoria al socio o partícipe.

Y por último, el capital social se clasificará como instrumento financiero compuesto, cuando se identifique un componente de pasivo y un componente de patrimonio neto.

Un sencillo ejemplo que pone de manifiesto cómo el criterio de exigibilidad puede provocar que el patrimonio neto de una cooperativa se reduzca considerablemente:

Pongamos el caso de una entidad cooperativa que ha emitido participaciones para sus socios por importe de 2.000.000 de euros (200.000 títulos de 10 euros de valor nominal por título). Los estatutos sociales de la entidad establecen que los rescates acumulados no pueden exceder el 20 por 100 del valor nominal de las participaciones.

- Antes de la entrada en vigor de la Orden EHA/3360/2010, las aportaciones de socios figurarían íntegramente en la partida de capital social, es decir, serían fondos propios.
- Tras la entrada en vigor de la nueva Orden, las aportaciones de los socios figurarán en dos partidas:

La partida de capital social registrará un importe de 400.000 euros, correspondientes al 20 por 100 de las aportaciones no reembolsables, y los 1.600.000 euros restantes que podrían ser rescatables en el momento en que los socios quisieran, se registrarán como pasivo financiero.

- En conclusión, el cambio de la normativa contable en la calificación de las fuentes de financiación, basada en la nueva Orden en el criterio de exigibilidad, a diferencia de la normativa anterior que se basaba en el carácter de permanencia de los fondos, habría propiciado

una disminución del patrimonio neto de esta entidad cooperativa de 1.600.000 euros, importe en el que se habría incrementado el pasivo financiero.

Otro ejemplo que ilustra como la distinta consideración del capital social afecta en los valores de los ratios financieros:

Los siguientes balances únicamente se diferencian en la distinta consideración de su capital social:

	Cooperativa «A»	Cooperativa «B»	Cooperativa «C»
ACTIVO CORRIENTE	40	40	40
ACTIVO NO CORRIENTE	60	60	60
TOTAL ACTIVO	100	100	100
PATRIMONIO NETO	5	25	40
Capital social	5	25	40
Reservas	0	0	0
Resultados	0	0	0
PASIVO CORRIENTE	30	30	30
PASIVO NO CORRIENTE	65	45	30
Préstamos a largo plazo	30	30	30
C. social pasivo financiero	35	15	0
TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO	100	100	100

Ratios	Cooperativa «A»	Cooperativa «B»	Cooperativa «C»
SOLVENCIA (Activo corriente/pasivo corriente)	1,33	1,33	1,33
ENDEUDAMIENTO (Pasivo exigible/patrimonio neto)	19,00	3,00	1,50
GARANTÍA (Activo/pasivo exigible)	1,05	1,33	1,67

FUENTE: IGLESIAS, R. (2011). *Nuevas normas contables de las sociedades cooperativas en relación con el capital social.*

La conclusión es que un mismo balance ofrece distintos valores de sus ratios financieros en función de la consideración que tenga el capital social, como patrimonio neto o pasivo exigible.

En estos casos, la capacidad de endeudamiento de las cooperativas aumenta a medida que se incorpora capital social como patrimonio neto. Al mismo tiempo, aumenta la garantía frente a terceros.

2. La problemática en cuanto al tratamiento contable de la remuneración de las aportaciones al capital social y sus implicaciones en la cuenta de resultados

El cambio de criterio en la aplicación de las normas contables también ha provocado modificaciones en la contabilización de ciertas partidas, que con la nueva Orden adquieren el carácter de gasto o el de distribución de resultado, en función de la obligatoriedad o discrecionalidad de la salida de flujo de efectivo. Así se distinguirán los siguientes casos:

- Cuando las aportaciones se hayan calificado como fondos propios, la remuneración que pueda acordarse por la sociedad cooperativa se considerará distribución de resultados, es decir, supondrá una minoración directa del patrimonio neto.
- También se calificará como aplicación del resultado, y por tanto minorará el patrimonio neto, la remuneración discrecional del capital cuyo reembolso no pueda rehusarse.
- Por último, si la remuneración de las aportaciones al capital social de la cooperativa es obligatoria, se contabilizará como un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias.

En el siguiente cuadro resumen se puede apreciar con más claridad la calificación contable de la aportación al capital, la del interés y el retorno como gasto o como distribución de resultados:

Régimen económico			Contabilización		
Reembolso del principal	Retribución de intereses	Retorno	Contabilización del principal	Contabilización de los intereses	Contabilización del retorno
Discrecional	Discrecional	Discrecional	Patrimonio	Distribución de resultados	Distribución de resultados
		Obligatorio	Compuesto		Gasto
		Sin derecho	Patrimonio		–
	Obligatorio	Discrecional	Compuesto	Gasto	Distribución de resultados
		Obligatorio			Gasto
		Sin derecho			–
Obligatorio	Discrecional	Discrecional	Compuesto	Distribución de resultados	Distribución de resultados
		Obligatorio			Gasto
		Sin derecho	Pasivo		–
	Obligatorio	Discrecional	Compuesto	Gasto	Distribución de resultados
		Obligatorio	Pasivo		Gasto
		Sin derecho			–

FUENTE: IGLESIAS (2011). *Nuevas normas contables de las sociedades cooperativas en relación con el capital social.*

En resumen, si se remunera capital considerado patrimonio neto, la remuneración se considerará distribución de resultados. Por el contrario, si se remunera capital considerado pasivo, cuando la remuneración es obligatoria se considerará gasto, mientras que si la remuneración es discrecional, se considerará distribución de resultados.

En cuanto a los retornos, si estos tienen el carácter de obligatorio se contabilizarán como un gasto, mientras que si tienen carácter discrecional se contabilizarán como distribución de resultados.

Los mencionados cambios en el tratamiento contable del capital social y en la remuneración de las aportaciones de socios y partícipes tienen importantes implicaciones en las sociedades cooperativas por afectar directamente a la cuenta de pérdidas y ganancias.

En concreto, la cuenta de pérdidas y ganancias registrará los gastos por la remuneración del capital dentro del apartado de gastos financieros, minorando el resultado financiero de la sociedad cooperativa, en la cuenta denominada «Intereses y retorno obligatorio de las aportaciones al capital social y de otros fondos calificados con características de deuda».

Además, en relación con la cuenta de pérdidas y ganancias, cabe destacar que, como veremos más adelante, las dotaciones al Fondo de Educación, Formación y Promoción se contabilizan como gastos de explotación, cuando en la aplicación de la Orden ECO/3614/2003 derogada este fondo se contabilizaba como un gasto específico de la cooperativa y contaba con un epígrafe propio situado al final de la cuenta de resultados.

4.2. Otras modificaciones destacables

1. El tratamiento contable de otras aportaciones de socios no reintegrables (norma tercera)

Además del capital social, existen en las sociedades cooperativas otro tipo de aportaciones que no forman parte del capital, que no constituyen contraprestación por la entrega de bienes o servicios prestados a la cooperativa, y que no son reintegrables. Es el caso de las cuotas de ingreso, las aportaciones para compensar pérdidas o las destinadas a incrementar las reservas de las cooperativas.

La Orden incluye estas aportaciones de socios no reintegrables como parte de los fondos propios, aunque no formen parte del capital social.

Es el caso de los Fondos operativos de las organizaciones de productores de frutas y hortalizas (OPFH). Con la anterior Orden la práctica habitual era la contabilización, tanto de la dotación como de la aplicación del fondo como una correlación de ingresos y gastos, pero la nueva Orden establece que las contribuciones de los socios al fondo operativo de las OPFH tendrán la consideración directamente de fondos propios.

No obstante, en el caso de que la cooperativa se comprometa de algún modo a la devolución o remuneración de estas aportaciones, las mismas tendrán la consideración de pasivo financiero.

2. La calificación de los Fondos de Reserva específicos de las sociedades cooperativas (norma cuarta)

La Orden EHA/3360/2010 introduce una novedad respecto a la calificación de los fondos de reserva específicos de las sociedades cooperativas, al incorporar el criterio de exigibilidad a su tratamiento contable. Así, tanto el Fondo de Reserva Obligatorio, como el Fondo de Reembolso o Actualización, como el Fondo de Reserva Voluntario, se califican con carácter general como fondos propios, excepto la parte que sea repartible a los socios y, adicionalmente exigible, que se registrará en el pasivo.

3. La calificación de los Fondos Subordinados con vencimiento en la liquidación de la cooperativa (norma quinta)

La norma quinta de la Orden EHA/3360/2010 establece que los Fondos Subordinados con vencimiento en la liquidación de la cooperativa se considerarán fondos propios de la cooperativa, siempre que cumplan las siguientes características:

- Que únicamente exista obligación de reembolso en caso de liquidación de la cooperativa.
- Que no lleven aparejada una remuneración obligatoria por parte de la cooperativa.

La calificación como fondos propios se justifica por el hecho de no considerar la cláusula de liquidación contingente, que solo se aplicaría en caso de liquidación de la cooperativa. En caso contrario la solución sería incoherente con el principio de empresa en funcionamiento.

Por el contrario, cuando las participaciones incorporen una obligación, directa o indirecta, de entregar efectivo u otro activo financiero, se considerarán como pasivo financiero.

4. La contabilización del Fondo de Educación, Formación y Promoción (norma sexta)

El Fondo de Educación, Formación y Promoción (FEFP) constituye una de las partidas más singulares, genuinas y características de las sociedades cooperativas. No se encuentra en las empresas mercantiles una figura similar.

La novedad que introduce la Orden EHA/3360/2010, en comparación con la Orden anterior, radica en que antes este fondo figuraba en el subgrupo 13 «Fondos especiales e ingresos a distribuir en varios ejercicios», mientras que con la nueva Orden se considera este fondo como una «Provisión», por lo que figurará en el subgrupo 14 del balance.

Respecto a la presentación del FEFP en la cuenta de resultados, es necesario resaltar que la dotación al FEFP e ingresos imputables al mismo se registrarán de forma desglosada en la partida 12

«Ingresos imputables y dotaciones del FEFP». Esto es, la dotación al FEFP y los ingresos imputables al mismo se contabilizan respectivamente como gastos e ingresos de explotación, desapareciendo de la cuenta de resultados el epígrafe propio situado al final de la cuenta de resultados.

5. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA APLICACIÓN DE LA ORDEN

La reforma de la normativa contable ha introducido novedades sustanciales. La principal se deriva de la interpretación que la CINIIF 2 hace de la NIC 32, en la que señala que «el derecho contractual del tenedor de un instrumento financiero (incluyendo las aportaciones de los socios a entidades cooperativas) a solicitar el rescate no implica, por sí mismo, clasificar el citado instrumento como un pasivo financiero. La entidad tendrá en cuenta todos los términos y condiciones del instrumento financiero al clasificarlo como pasivo financiero o como patrimonio neto». Así, la solución dada por el IASB es considerar a las aportaciones de los socios como patrimonio neto si la entidad tiene el derecho incondicional a rechazar el rescate de las mismas, y como pasivos financieros si la entidad no tiene un derecho incondicional a rechazar el rescate.

Por las implicaciones que esta solución conlleva, las reacciones desde el ámbito contable, jurídico, cooperativo o académico, entre otros, han sido múltiples. Así, como vamos a ver, muchos han sido los autores que han aportado su punto de vista y manifestado su opinión en relación con este tema.

En primer lugar, CABRERIZO (2011) señala que «las cooperativas que aún no lo hayan hecho, deberán modificar sus Estatutos sociales para dar forma a este nuevo escenario» y reflexiona sobre los debates que se van a producir en el seno de los consejos rectores y posteriormente en las asambleas generales, ya que «no va a ser fácil alcanzar un consenso en la medida en que se enfrenten los intereses individuales a los colectivos, cuando el socio reclama su derecho histórico a recuperar su capital, mientras la cooperativa defiende su prolongación en el tiempo más allá de la actividad cooperativizada de cada uno de sus socios».

Además, CABRERIZO (2011) lanza algunas de las claves que los consejos rectores deberían tener en cuenta a la hora de proponer una modificación estatutaria a la asamblea general. Así, recomienda reflexionar sobre «el hecho de considerar el capital como reembolsable», ya que esto puede provocar «una descapitalización de la cooperativa, si estos reembolsos no se ven compensados con nuevas aportaciones sociales, bien de los socios que queden, o de otros que se incorporen a la sociedad» corriendo el riesgo de generar situaciones de falta de liquidez en la tesorería. «Por el contrario», continúa, «establecer que las aportaciones no serán reembolsables, va a proporcionar a la cooperativa recursos financieros con un carácter de estabilidad suficiente para poder abordar proyectos de mayor envergadura y con un periodo de desarrollo mayor. Y esto puede incrementar el sentido de pertenencia de los socios a un proyecto empresarial ilusionante y con visión de futuro».

En este sentido, apunta que en toda reflexión son variables fundamentales el tiempo, la información, el conocimiento y la experiencia para que los socios valoren las consecuencias de una modi-

ficación estatutaria «antes de emitir su voto, sin olvidar que el futuro de la cooperativa no puede desligarse del futuro de cada uno de ellos». Y añade en relación con la capacidad de autogestión de las cooperativas que «los socios, más y mejor que nadie, conocen la situación de la cooperativa desde el punto de vista económico-financiero, su posicionamiento en el mercado, sus posibilidades de crecimiento y desarrollo de nuevos proyectos. Por lo tanto, nadie mejor que los socios para, con una formación básica en aspectos empresariales (y en valores y principios cooperativos) y con una información amplia y transparente, regular de la mejor manera los aspectos económicos de la sociedad».

Por otra parte, CABRERIZO (2011) destaca la importancia que las entidades de crédito deben prestar a algunos de los valores de las cooperativas «que ponen de manifiesto la apuesta y el compromiso de los socios con su cooperativa» como son:

- «a) La manera en la que históricamente vienen distribuyendo los resultados del ejercicio;
- b) De qué modo alcanzan esos resultados (anticipos laborales, remuneración o no de los miembros del Consejo Rector, retribución del capital social, etc.);
- c) La existencia o no de aportaciones voluntarias, de Fondos de Reserva Voluntarios, etc.;
- d) La ampliación del número de socios; la incorporación de nuevos socios frente a la contratación laboral;
- e) El incremento del nivel de formación y cualificación profesional;
- f) La imagen de marca y el reconocimiento en el mercado, no solo por su producto/servicio, sino también como organización socialmente responsable, etc.»

En la misma línea de falta de sensibilidad, por parte del legislador, hacia las particularidades de las sociedades cooperativas respecto a las sociedades de capital, se manifiesta CASTILLO (2011) quien afirma sobre la aprobación de la Orden EHA/3360/2010 que «la opción adoptada por el legislador ha sido la aplicación directa y literal en las sociedades cooperativas de una norma pensada para su funcionamiento eficiente en las sociedades de capital». Además argumenta la existencia de otra vía «aunque se niegue en muchos ámbitos profesionales y académicos su existencia argumentando la necesidad de converger con la norma europea y de establecer parámetros de solvencia que aporten más garantías a los acreedores de estas empresas».

Considera CASTILLO (2011) que «la redacción de una norma mercantil y contable coherente con NIC/NIIF adoptadas por la Unión Europea y con las particularidades de la realidad social y del funcionamiento de las cooperativas es teóricamente y jurídicamente posible» y que es cuestión de voluntad política llevarlo a la práctica.

La correcta redacción de esta norma, según su punto de vista, pasa por «entender mejor y reconocer la composición del patrimonio neto de las cooperativas, ser conscientes de que la capitalización

y la consolidación financiera se logra muy habitualmente a través de la conformación de fondos obligatorios no repartibles a partir de los resultados anuales, saber que, y a diferencia de lo que sucede a las sociedades de capital, en las empresas cooperativas se produce una asimilación de hecho entre los aportantes de capital y los responsables de llevar a cabo el proyecto cooperativo, de forma que por definición no tienen sentido los unos sin los otros. Considerar estas características económicas permite adaptar las definiciones normativas de forma que se pueda seguir cumpliendo el objetivo de salvaguarda del capital empresarial y a la vez se respeten los principios fundacionales de las sociedades cooperativas, siendo la libre asociación uno de los más simbólicos».

Según CASTILLO (2011), «ante estas nuevas reglas del juego mercantiles y contables, las empresas cooperativas tienen fundamentalmente cuatro opciones de actuación» en función de sus intereses:

«1. No modificar los estatutos, en los que generalmente se reconoce el derecho del socio al rescate de su aportación al capital cooperativo. En estos casos [...]

2. Modificar los estatutos estableciendo el derecho discrecional por parte del Consejo Rector de rehusar el rescate de las aportaciones de los socios que hayan causado baja. Esta [...]

3. Modificar los estatutos reconociendo el derecho al rescate de las aportaciones al capital por parte de los socios, pero estableciendo a la vez el derecho de la asamblea a decidir la adquisición de estas aportaciones por parte de la cooperativa. Esta especie de [...]

4. Modificar los estatutos, introduciendo fórmulas intermedias, las cuales se concretan fundamentalmente en la limitación cuantitativa del importe de capital social rescatable cada ejercicio. Esta opción [...].»

Ahonda todavía más en este tema VILLACORTA (2011), cuando dice que «para abordar los aspectos contables de las sociedades cooperativas es necesario analizar su naturaleza de "sociedades de personas" o "de base mutualista" [...] a diferencia de las sociedades capitalistas».

Incide VILLACORTA (2011) en las particularidades de las sociedades cooperativas frente a las sociedades capitalistas, cuando destaca que estas últimas «no toman en cuenta las condiciones personales de los socios, sino su aportación de capital» mientras que en las cooperativas «su propia finalidad de satisfacer las necesidades socio-económicas de los socios convierte en obligatoria la participación del socio en la actividad empresarial [...]».

Y cita a BAREA (2003) para señalar que «las principales características diferenciadoras de las empresas de Economía Social se encuentran en su comportamiento en cuanto a la atribución de los resultados generados, así como en el proceso de toma de decisiones. En las empresas de corte capitalista hay una relación directa entre la distribución del excedente empresarial y el capital social; además, el capital social atribuye el poder de decisión en las asambleas», por el contrario en las sociedades cooperativas prevalecen «los intereses del socio trabajador frente a los del socio capitalista».

Es el capital social, y en concreto la singularidad de su carácter variable, que responde al principio cooperativo de libre adhesión y baja voluntaria, el generador de numerosas posturas divergentes en su consideración contable. Para APARICIO y MIRANDA (2006), «la opinión mayoritaria es que la configuración del capital social como variable por la entrada y salida de socios, y exigible por la baja del socio no permiten ofrecer la misma garantía frente a terceros que en otras sociedades». En la misma línea VILLACORTA (2011) cita a DOMINGO quien considera que «a excepción del Capital Social Mínimo, la figura del Capital Social juega un papel de convidado de piedra en la estructura financiera de la cooperativa. Aún más, en ocasiones puede constituir un verdadero peligro para la cooperativa una cifra elevada de Capital Social, ya que siempre existe la posibilidad de abandonar la empresa por parte de grupos sociales, que en buena lógica suele coincidir con épocas difíciles [...]». No obstante, como sostiene PASTOR (2011) en referencia a la posibilidad de un constante flujo de entrada y salida de socios, esta «ha sido modulada por algunas limitaciones legales con el fin de garantizar la estabilidad y continuidad de la actividad empresarial de la cooperativa y los lazos de solidaridad entre los socios de la entidad».

Por su parte, GÓMEZ APARICIO (2000) considera las aportaciones obligatorias al capital como «un instrumento necesario para que la cooperativa realice empresarialmente su actividad, constituyendo una obligación inicial e inherente a cada socio», pero destaca que también el capital se constituye con aportaciones voluntarias orientadas a «la potenciación empresarial de la sociedad».

Continuando con las posturas divergentes respecto al tratamiento contable del capital social, afirma PASTOR (2011) que «la reforma contable española parece obviar el debate abierto, proponiendo una solución que puede calificarse, como se ha señalado por la doctrina como: curiosa, inconsistente, incoherente; ya que lejos de plantear el carácter del capital de la sociedad cooperativa como fondo propio o no, se le trata de adaptar a las normas contables internacionales. En concreto, la disposición adicional cuarta de la Ley 16/2007 [...] realiza una modificación sustancial de la Ley 27/1999 al introducir una dualidad en el capital social de las cooperativas, señalando que estará constituido por las aportaciones obligatorias y voluntarias de los socios y que, además, estas podrán ser con derecho a reembolso en caso de baja o, por el contrario, aportaciones cuyo reembolso en dicha circunstancia podrá ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector. Esta solución elimina alguno de los grandes problemas que ha planteado la reforma contable pero, no es menos cierto que deja abiertos nuevos problemas. Tal vez el más grave de ellos sea introducirla en el sistema cooperativo y no haber realizado un adecuado reajuste; [...]».

Para PASTOR (2011), «la Orden de 2010 es aplicable a todas las sociedades cooperativas [...] por lo que se extiende a todas ellas el tratamiento contable de las aportaciones de las cooperativas como deuda en vez de como capital social. Lo señalado disminuirá significativamente el interés de estas sociedades por emitir nuevas aportaciones sociales, con su consiguiente falta de capitalización, el deterioro de su solvencia, el aumento de su endeudamiento, la aparición de dificultades financieras y los efectos negativos que todo ello producirá sobre sus calificaciones de riesgos (*rating*). En esta situación, incluso se podría llegar al extremo de situar a muchas cooperativas con patrimonio neto negativo (reservas negativas), lo cual implicaría entrar en causa de disolución».

Además de las consecuencias financieras señaladas, PASTOR (2011) considera que la reforma también resulta insatisfactoria desde un punto de vista jurídico societario, utilizando para demostrar-

lo un hipotético concurso de una sociedad cooperativa, en el que teniendo en cuenta la lógica de la NIC 32, las aportaciones al capital de la cooperativa deben ser calificadas como pasivo, por lo que el socio de la cooperativa será al mismo tiempo acreedor de la sociedad, por el importe de su «préstamo». Así, aplicando la Ley Concursal, se adoptaría una solución «en torno al tratamiento de estos préstamos concedidos a la sociedad por sus propios socios» que convierte estos préstamos en verdaderos recursos propios. Por lo que se llega a la conclusión de que «el capital en la sociedad cooperativa es, en todo caso, un recurso propio, a pesar de que uno de los principios ordenadores en el desarrollo de esta reforma internacional contable, y que ha sido recogido en nuestro Código de Comercio, sea el de la prevalencia del fondo sobre la forma».

Por el contrario, SERVER (2011) indica que los criterios de clasificación entre patrimonio neto y pasivo de la nueva normativa contable «añaden complejidad», pero considera que «la norma llega a soluciones pragmáticas, sin menospreciar sus fundamentos conceptuales».

Desde el sector cooperativo, el patronato de la FUNDACIÓN INNOVES (2011) considera que «ante este escenario las cooperativas se hallan en un marco jurídico contable bastante perjudicial y las hacen vulnerables [...]. Estamos ante la necesidad de plantear que en el cómputo del ratio de solvencia financiera el capital social compute como fondos propios al margen de su consideración de reembolsable o no».

En definitiva, se pueden apreciar todo tipo de posturas y opiniones respecto a los nuevos criterios de clasificación del capital social y los efectos que su aplicación pueden traer consigo. En general, la mayoría coincide en la falta de sensibilidad que el legislador muestra hacia las particularidades de las sociedades cooperativas, así como, en el perjuicio que la aplicación del nuevo marco contable armonizado a nivel internacional, puede suponer para la imagen económico-financiera de las cooperativas. Otro factor común en las opiniones recogidas es la necesidad que, ante el nuevo panorama, tienen las sociedades cooperativas de adaptar sus estatutos sociales en función de sus intereses.

La consideración y reflexión sobre todo lo expuesto anteriormente nos permite llegar a la opinión de que la aplicación, de las nuevas normas contables, va a castigar la imagen de los estados financieros que presenten las cooperativas. Además, si se tiene en cuenta que, por norma general, las entidades de crédito no tienen en consideración las singularidades de las sociedades cooperativas, y que estas reciben el mismo tratamiento que las sociedades de corte capitalista, esta circunstancia puede generar la aparición de tensiones financieras en las cooperativas.

Sin olvidar los argumentos citados, pero dejando a un lado el marco conceptual y pasando a un plano operativo, se podría pensar que la introducción de la nueva normativa contable ha supuesto y supone una amenaza para las sociedades cooperativas, visto lo cual, estas se habrían movilizado en masa, presentando a la asamblea general propuestas de adaptación de estatutos sociales, para tratar de evitar la reducción de su patrimonio y protegerse de los posibles desequilibrios que la nueva delimitación de las fuentes de financiación les puede causar. Sin embargo, la respuesta de las sociedades cooperativas a los cambios contables planteados va a depender fundamentalmente de su nivel de capitalización inicial y, por supuesto, de la propia idiosincrasia de cada entidad cooperativa.

6. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se han analizado las novedades que introduce la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas, así como las repercusiones que ha tenido y puede tener en las sociedades cooperativas.

Como se ha dicho, esta Orden entró en vigor el pasado 1 de enero de 2011, derogando la Orden ECO/3614/2003, con el objetivo adaptar las normas contables de las cooperativas al Plan General de Contabilidad vigente, y poder operar en un marco contable armonizado a nivel internacional.

Se ha mostrado como la armonización contable internacional definida por la NIC 32 introdujo el criterio de exigibilidad a la hora de calificar un instrumento financiero como pasivo financiero o fondo propio, y en consecuencia partidas que hasta entonces se habían contabilizado como patrimonio pasarían a contabilizarse como pasivo, afectando a la situación patrimonial de las cooperativas.

Del mismo modo, se ha expuesto que las modificaciones giran también en torno a la forma de contabilizar las remuneraciones que realice la cooperativa a sus socios o partícipes, en forma de retornos o intereses que, con la nueva Orden, podrán tener el carácter de gasto o de distribución de resultado, afectando, por tanto a la cuenta de pérdidas y ganancias.

Las consecuencias que la aplicación de la nueva delimitación de las fuentes de financiación tienen sobre la imagen de los estados financieros va a depender del nivel de capitalización de cada cooperativa. Así, el efecto será elevado cuando el grado de capitalización inicial sea alto, y será menor en el caso contrario.

En definitiva, la reforma contable supone un cambio sustancial en la configuración del patrimonio neto de las sociedades cooperativas, al que estas deben adaptarse para poder interactuar, en las mejores condiciones, con todos los agentes externos que demandan información económico-financiera de la entidad. No obstante, se hace necesario que estos agentes externos sean capaces de comprender las singulares características de las cooperativas, no quedándose únicamente con las interpretaciones que puedan hacer de la lectura de las cifras de sus balances, para no obtener una imagen distorsionada de la realidad de cada cooperativa y poder alcanzar un equilibrio entre la normativa contable, los agentes que se relacionan con las cooperativas y el futuro de estas sociedades.

Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, A. y POUSA SOTO, R. [2011]: «Cooperativas: Deudas con socios: BOICAC 84, diciembre 2010. consulta 7», *Técnica Contable*, 63 (744), págs. 47-51.
- BAREA TEJEIRO, J. [2003]: «Constitución nueva y economía social», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, (47), págs. 137-148.
- BAZÁN, L. [2011]: «Nueva normativa para las cooperativas: La Orden EHA/3360/2010», *Técnica Contable*, 63 (738), págs. 64-66.
- CABRERIZO GARCÍA, O. [2011]: «Las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas y su efecto en la definición de los fondos propios», *Boletín Contable*, (92).
- CASTILLO MERINO, D. [2011]: «El capital cooperativo ante la nueva normativa contable», *Nexe, Quaderns d'Autogestió i Economia Cooperativa*, (28).
- FUNDACIÓN INNOVES [2011]: Comentarios a la reforma de la ley de cooperativas aprobados por la ley de presupuestos de Andalucía. Disponible en: <http://consultores.innoves.es/articulos/comentarios-a-la-reforma-de-la-ley-de-cooperativas-aprobados-por-la-ley-de-presupuestos-de> [Acceso 11-6-2011].
- [2010]: Orden EHA/3360 sobre aspectos contables de cooperativas. Disponible en: <http://consultores.innoves.es/articulos/orden-eha-3360-sobre-aspectos-contables-de-cooperativas> [Acceso 11-6-2011].
- GÓMEZ APARICIO, P. [2000]: «Algunas consideraciones sobre la remuneración del capital social en las sociedades cooperativas», *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, (72).
- GÓMEZ APARICIO, P. y MIRANDA GARCÍA, M. [2006]: «La caracterización financiera y contable del capital social a la luz de los principios cooperativos», *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, (90), págs. 7-27.
- IGLESIAS, R. [2011]: Nuevas normas contables de las sociedades cooperativas en relación con el capital social. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/59534466/Nuevas-Normas-Contables-de-las-Sociedades-Cooperativas> [Acceso 1-7-2011].
- LEY 16/2010, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat, *DOGV* 31-12-2010, 6429, 47237.
- ORDEN ECO/3614/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las Sociedades Cooperativas, *BOE* 27-12-2003, 310, 46282.
- ORDEN EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas, *BOE* 29-12-2010, III, 108273.
- PASTOR SEMPERE, C. [2011]: «Efectos jurídico-societarios tras la entrada en vigor de la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas (BOE de 29 de diciembre de 2010): ¿Podemos seguir considerando el capital social como elemento integrante del patrimonio neto contable?», *Revista de Derecho de Sociedades*, (36), págs. 387-399.
- POLO GARRIDO, F. y MOLINA SÁNCHEZ, H. [2009]: Documento 1. Fondos propios en las Cooperativas, *Comisión de Contabilidad de Cooperativas de AECA*.
- REJÓN LÓPEZ, M. [2010]: Nuevas normas de contabilidad de cooperativas en España (octubre 2010): Fondos propios «ajenizados». Disponible en: <http://www.edirectivos.com/blogs/171-Manuel-Rejon-Lopez/11-11-2010/1050-Nuevas-normas-de-contabilidad-de-cooperativas-en-Espana-octubre-2010-fondos-propios-ajenizados> [Acceso 12-12-2010].

- SERVER, R.J. [2011]: «Las cooperativas tendrán que reclasificar el capital social». *Actualidad Contable (AECA)*. Disponible en: <http://www.aeca.es/actualidadnic/articulatorjserver.htm> [Acceso 9-6-2011].
- Sociedades Cooperativas: novedades para la adaptación del nuevo Plan General Contable. (2011). *Monfiscal*. Disponible en <https://www.monfiscal.com/normatives.php?ide=9&card=4> [Acceso 15-7-2011].
- VILLACORTA HERNÁNDEZ, M.A. [2011]: «Proceso de adaptación de las sociedades cooperativas al PGC», *Técnica Contable*, 63 (739), págs. 35-52.

EL EBITDA

SOTERO AMADOR FERNÁNDEZ

Profesor del CEF

Extracto:

EN este artículo se intenta explicar de una forma sencilla a la vez que rigurosa qué es lo que representa este acrónimo convertido por analistas y prensa especializada probablemente en uno de los términos más utilizados del lenguaje financiero de los últimos años. La utilidad y el abuso del mismo son comentados a lo largo de este trabajo con ejemplos numéricos que hacen posible su comprensión de un modo más fácil. Su relación y analogías con el *cash-flow*, y otros acrónimos que son ligeras variantes del EBITDA, tales como OIBDA o EBITDAR también son objeto de análisis en este trabajo.

Palabras clave: EBITDA, *cash-flow*, OIBDA y EBITDAR.

EBITDA

SOTERO AMADOR FERNÁNDEZ

Profesor del CEF

Abstract:

THIS article attempts to explain in a simple way at once rigorous, what is representing this acronym converted by analysts and probably press on one of the terms of the financial language of recent years. The usefulness and the abuse of the same are discussed throughout this work with numerical examples that make it possible for their understanding in an easier way. Their relationship and analogies with cash-flow, and other acronyms that are slight variations of EBITDA, such as OIBDA or EQUIVALENT TO EBITDA are also analysed in this paper.

Keywords: EBITDA, cash-flow, OIBDA and EBITDAR.

Sumario

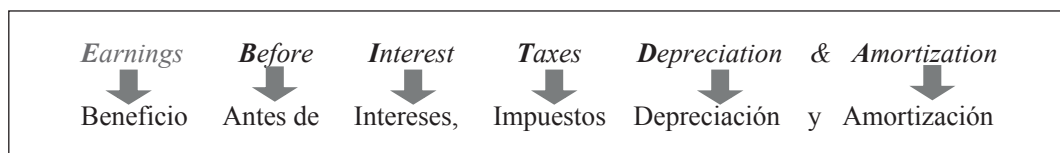
1. ¿Qué significa EBITDA?
2. El EBITDA y la normativa contable española.
3. El EBITDA y la tesorería.
4. Ejemplo práctico: caso «FERROSUR».
 - 4.1. Enunciado.
 - 4.2. Solución.
 - 4.3. Segunda parte: enunciado.
 - 4.4. Segunda parte: solución.
 - 4.5. Comparativa entre las dos alternativas.
 - 4.6. Comentarios.
5. Uso y abuso del EBITDA.
6. Variantes sobre el EBITDA. Más de lo mismo pero «a medida».
7. Conclusiones.

Bibliografía.

1. ¿QUÉ SIGNIFICA EBITDA?

Si hay un término en el lenguaje financiero que ha estado de moda en los últimos 20 años en España, ese es, sin ningún género de dudas, «el EBITDA». Anteriormente casi nadie había oído hablar de este término apenas utilizado en el lenguaje financiero. ¿A qué se ha debido este paso del cero al infinito? ¿Es una moda, o hay algo más? La respuesta no está clara pero en este artículo vamos a tratar de profundizar en lo que representa el EBITDA y cuáles pueden ser las ventajas o inconvenientes de su utilización como referente habitual en casi todas las publicaciones que hablan de finanzas empresariales.

El EBITDA es un acrónimo que significa:



En el idioma inglés *Depreciation* se refiere a la pérdida de valor sistemática y gradual que experimentan los activos fijos materiales y *Amortization* al mismo concepto pero referido a activos fijos intangibles. Sin embargo, en español ambos conceptos se denominan amortización tanto para el inmovilizado material, como para el intangible o las inversiones inmobiliarias. Por tanto, sobraría la letra D, y podríamos hablar de EBITA, si bien lo usual es que aparezca con las siglas originales incluida la D de depreciación.

2. EL EBITDA Y LA NORMATIVA CONTABLE ESPAÑOLA

En la normativa contable española no hay ninguna referencia al EBITDA, cosa lógica en normas antiguas como fue el derogado Plan contable de 1990, pero mucho más difícil de explicar en una norma tan reciente como es el actual Plan General de Contabilidad aprobado en 2007, y que entró en vigor el

1 de enero de 2008, cuando ya el EBITDA era un término de uso muy común entre los profesionales de la contabilidad y las finanzas. Por tanto estamos hablando de un concepto sobre el que caben diversas interpretaciones que las normas no aclaran en absoluto, lo cual siempre es una fuente de conflictos.

Cuando aparece el EBITDA en la cuenta de resultados de una empresa española es habitual traducirlo como resultado bruto de explotación. Evidentemente se tratará de una cuenta de resultados con un formato diferente al de la cuenta oficial de pérdidas y ganancias diseñada por el Plan General de Contabilidad. En la mayor parte de las cuentas de resultados de grupos que cotizan en Bolsa lo normal es que aparezca el EBITDA como un escalón de dicho estado financiero. Hay que tener en cuenta que este tipo de entidades formulan sus cuentas de acuerdo con las normas internacionales de contabilidad (NIC/NIIF) que no establecen un modelo cerrado para los estados financieros.

En una estructura de la cuenta de pérdidas y ganancias distinta al modelo oficial, podríamos incluir el EBITDA bajo el siguiente esquema:

Cuenta de resultados
Ventas
– Devoluciones y descuentos sobre ventas
Ventas netas
– Coste de mercancías vendidas
Margen bruto
– Gastos de explotación (excluidas amortizaciones)
EBITDA (Resultado Bruto de Explotación)
– Amortizaciones
EBIT (Resultado de explotación)
± Resultados financieros
Beneficio antes de impuestos
± Impuestos
Beneficio después de impuestos o Beneficio neto

De este esquema podemos obtener la siguiente expresión:

$$\text{EBITDA} - \text{Amortizaciones} = \text{EBIT}$$

Que, una vez reordenada, nos da la forma más habitual de cálculo del EBITDA:

$$\text{EBITDA} = \text{EBIT} + \text{Amortizaciones}$$

El EBITDA es la suma del beneficio de explotación más las amortizaciones. Su inclusión en el modelo oficial de la cuenta de pérdidas y ganancias solo hubiera necesitado separar las amortiza-

ciones del resto de gastos de explotación, pero por los motivos que fueren, los técnicos que elaboraron el Plan General de Contabilidad no consideraron oportuna su inclusión en dicha cuenta anual.

3. EL EBITDA Y LA TESORERÍA

Acabamos de ver que $\text{EBITDA} = \text{EBIT} + \text{Amortizaciones}$

Este concepto es similar a la magnitud denominada *cash-flow*, mucho más conocida y estudiada en los manuales financieros y que se calcula del modo siguiente:

$$\text{Cash-flow} = \text{Beneficio} + \text{Amortizaciones}$$

La magnitud *cash-flow* se suele identificar con el potencial de generación de tesorería que tiene una empresa. Se diferencia del EBITDA en que al calcular este último, el beneficio que se toma es únicamente el beneficio de explotación o EBIT, por lo que se puede afirmar que el EBITDA representa el potencial de generación de tesorería por parte de la empresa en un periodo de tiempo, generalmente anual, pero exclusivamente a través de las operaciones que constituyen su actividad habitual y desde la óptica del devengo.

Sin ser exactamente iguales, el EBITDA representa un concepto similar al flujo de efectivo por operaciones de explotación que calcula el estado de flujos de efectivo regulado en el Plan General de Contabilidad de 2007, actualmente en vigor.

Ahora bien, el EBITDA se entiende mejor si en la cuenta de resultados lo calculamos desde arriba hacia abajo, esto es:

$$\text{EBITDA} = \text{Ingresos de explotación} - \text{Gastos de explotación (excepto amortizaciones)}$$

Si tenemos en cuenta que los ingresos de explotación en condiciones normales se van a convertir en entradas de dinero (cobros), y que los gastos de explotación, exceptuadas las amortizaciones, son los gastos que se suelen llamar desembolsables, esto es, gastos que van a suponer salidas de dinero (pagos), entonces:

$$\begin{aligned} \text{EBITDA} = & + \text{Ingresos de explotación que supondrán cobros} \\ & - \text{Gastos de explotación que generarán pagos} \end{aligned}$$

El EBITDA representa tal y como se ha dicho anteriormente la tesorería que es capaz de generar un negocio mediante operaciones habituales.

Sin embargo, esta cifra no es exactamente la tesorería realmente generada, sino más bien una «caja teórica» o capacidad de generación de caja, puesto que se incluyen partidas corrientes que aún no son caja pero que están destinadas a serlo. Para determinar la caja que realmente ha generado el negocio debemos ajustar las variaciones habidas en las partidas de existencias, cuentas a cobrar (clientes fundamentalmente) y cuentas a pagar (proveedores y acreedores principalmente).

EBITDA («Caja potencial»)

± Variación de existencias

± Variación de cuentas a cobrar

± Variación de cuentas a pagar

= Caja generada por las operaciones

Dado que **(Existencias + Cuentas a cobrar – Cuentas a pagar)** constituyen la inversión neta en circulante, conocida también como necesidades operativas de fondos (NOF):

EBITDA ± Variación de las NOF = Caja generada por las operaciones

Es bastante obvio que un ingreso por ventas o prestación de servicios aumenta el beneficio en el mismo momento en que se realiza, pero no necesariamente aumentará la tesorería en ese mismo instante. Si el cobro queda aplazado un cierto tiempo, se habrá producido un aumento del EBITDA pero no de la tesorería. En lugar de dinero en caja habrá aumentado el saldo de clientes, esto es, las NOF (necesidades operativas de fondos).

Otro tanto cabe decir de los gastos devengados en un periodo pero que se pueden pagar en otro diferente. El gasto devengado afecta al beneficio pero no a la tesorería.

Por estos motivos surgen las diferencias entre caja potencial o EBITDA y caja realmente generada. A largo plazo ambas magnitudes tenderán a converger ya que aunque en la empresa haya gastos o ingresos devengados en un periodo que se pagarán o cobrarán en otro periodo posterior, lo normal es que se vayan pagando los gastos y cobrando los ingresos devengados en periodos anteriores de manera que, en promedio, ambas cifras tiendan a compensarse.

4. EJEMPLO PRÁCTICO: CASO «FERROSUR»

4.1. Enunciado

La sociedad «FERROSUR» ha sido contratada por un organismo público para realizar el mantenimiento de unas instalaciones durante los próximos cinco años.

Los datos estimados relativos al contrato son los siguientes:

Conceptos	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Ingresos por servicios	1.400	1.500	1.600	1.700	1.800
Gastos de personal	540	580	620	650	700
.../...					

Conceptos	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
.../...					
Otros gastos de explotación	160	180	190	220	250
Impuesto sobre beneficios	30%	30%	30%	30%	30%

Inversiones iniciales a efectuar en equipos fijos (*capital expenditure* o CAPEX) 1.000 u.m. con una vida útil de cinco años. Al final de los cinco años se estima que su valor residual es despreciable.

Para financiar la adquisición de estos equipos se dispondrá de un préstamo de 1.000 u.m que se irá devolviendo en cinco años a razón de 200 u.m. anuales, más los intereses correspondientes.

El tipo de interés del préstamo es del 10 por 100.

SE PIDE:

Formular la cuenta de resultados previsional para los cinco años.

4.2. Solución

Conceptos	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Acumulado
Ingresos						
Por servicios	1.400	1.500	1.600	1.700	1.800	8.000
Gastos						
Personal	-540	-580	-620	-650	-700	-3.090
Otros gastos	-160	-180	-190	-220	-250	-1.000
EBITDA	700	740	790	830	850	3.910
Amortización equipos	-200	-200	-200	-200	-200	-1.000
EBIT	500	540	590	630	650	2.910
Intereses ¹	-100	-80	-60	-40	-20	-300
BAI	400	460	530	590	630	2.610
Impuesto sobre beneficios	-120	-138	-159	-177	-189	-783
BN	280	322	371	413	441	1.827

¹ Los intereses se calculan sobre el capital pendiente de devolver cada año.

En cuanto al estado de tesorería tendremos las siguientes previsiones:

Conceptos	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Acumulado
Cobros						
Por servicios	1.400	1.500	1.600	1.700	1.800	8.000
Préstamo recibido	1.000					1.000
Pagos						
Personal	-540	-580	-620	-650	-700	-3.090
Otros gastos	-160	-180	-190	-220	-250	-1.000
Intereses	-100	-80	-60	-40	-20	-300
Impuesto sobre beneficios	-120	-138	-159	-177	-189	-783
Compra equipos	-1.000					-1.000
Devolución préstamo	-200	-200	-200	-200	-200	-1.000
Caja generada	280	322	371	413	441	1.827

4.3. Segunda parte: enunciado

Ante las dificultades que existen en estos momentos para conseguir financiación de las entidades financieras, «FERROSUR» se plantea la posibilidad de no adquirir los equipos que necesita para realizar el mantenimiento y alquilar dichos equipos (*operational expenditure* u OPEX). Dicho alquiler se considera operativo.

El fabricante de los equipos, que es una gran empresa, está dispuesto a alquilárselos por cinco años cobrándole un alquiler anual de 260 u.m. El proveedor del inmovilizado se está convirtiendo de hecho en «banquero» de nuestra empresa además de proveedor.

SE PIDE:

Formular de nuevo la cuenta de resultados previsional para los cinco años, así como el estado de tesorería.

4.4. Segunda parte: solución

La cuenta de resultados previsional sería ahora la siguiente:

Conceptos	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Acumulado
Ingresos						
Por servicios	1.400	1.500	1.600	1.700	1.800	8.000
						.../...

Conceptos	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Acumulado
.../...						
Gastos						
Personal	-540	-580	-620	-650	-700	-3.090
Alquiler equipos ¹	-260	-260	-260	-260	-260	-1.300
Otros gastos	-160	-180	-190	-220	-250	-1.000
EBITDA	440	480	530	570	590	2.610
Amortización equipos	0	0	0	0	0	0
EBIT	440	480	530	570	590	2.610
Intereses						0
BAI	440	480	530	570	590	2.610
Impuesto sobre beneficios	-132	-144	-159	-171	-177	-783
BN	308	336	371	399	413	1.827

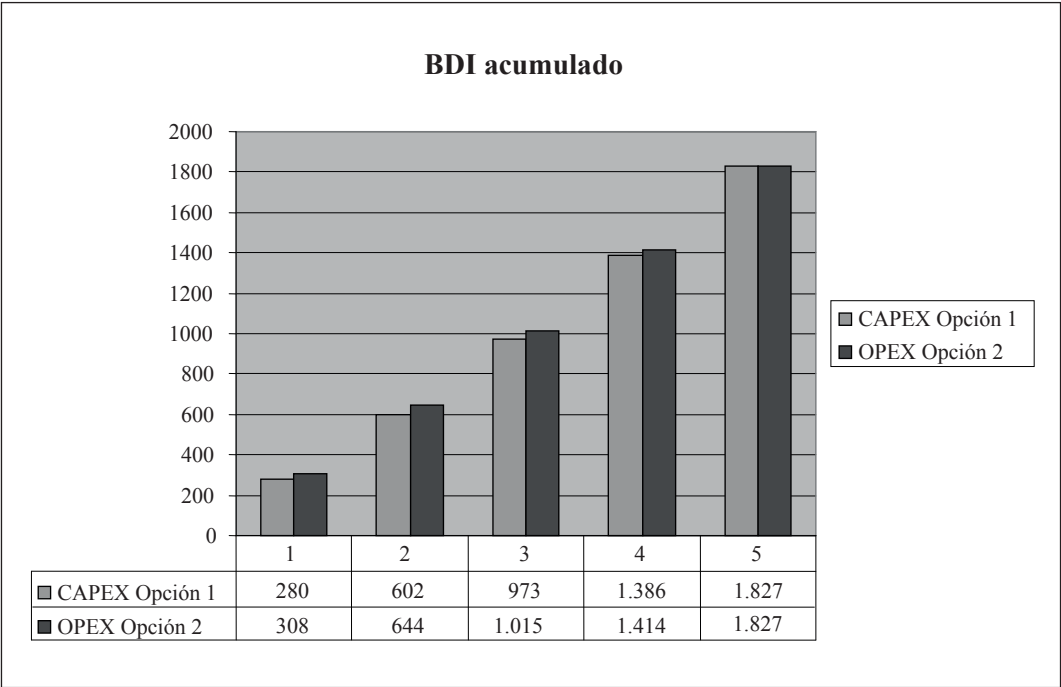
¹ El total a pagar por el alquiler debería ser similar a la suma del precio de los equipos (1.000) más los intereses que en la alternativa anterior se pagaban a la entidad financiera.

En cuanto al estado de tesorería tendremos las siguientes previsiones, en las que habrán desaparecido los cobros y pagos relativos al préstamo y a la adquisición del activo fijo, y aparecen en su lugar los pagos de la cuota de alquiler anual.

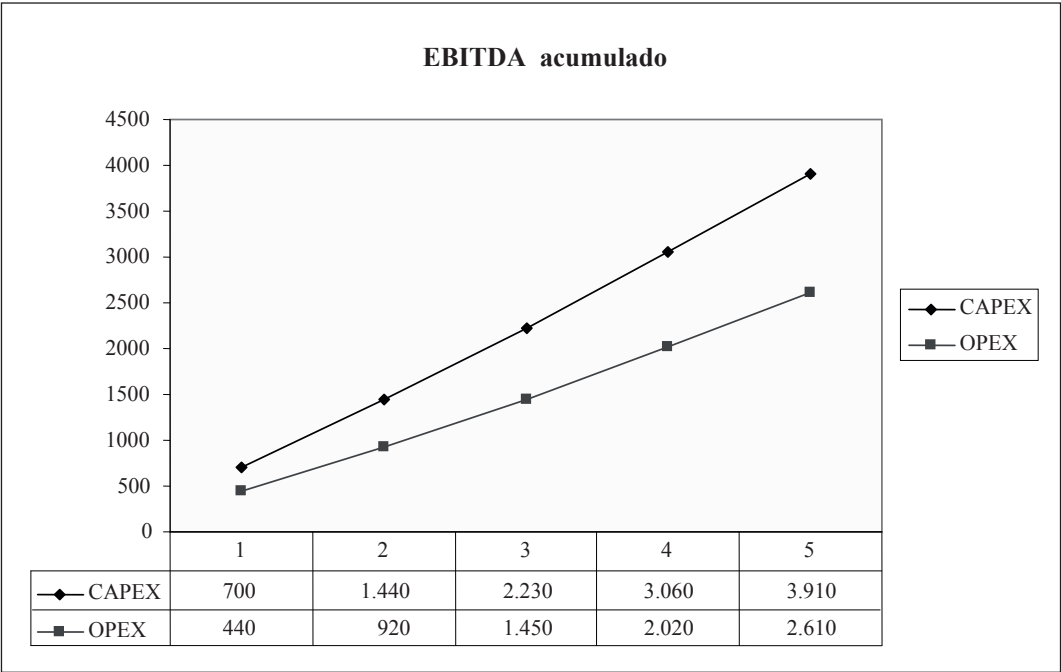
Conceptos	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Acumulado
Cobros						
Por servicios	1.400	1.500	1.600	1.700	1.800	8.000
Pagos						
Personal	-540	-580	-620	-650	-700	-3.090
Alquiler equipos	-260	-260	-260	-260	-260	-1.300
Otros gastos	-160	-180	-190	-220	-250	-1.000
Impuesto sobre beneficios	-132	-144	-159	-171	-177	-783
Caja generada	308	336	371	399	413	1.827

4.5. Comparativa entre las dos alternativas

Si comparamos en ambas cuentas de resultados, el beneficio acumulado obtenido, tanto antes como después de impuestos, al cabo de los cinco años es idéntico tanto en el caso de la compra de los equipos como en el caso de su alquiler (1.827 u.m.), si bien su distribución a lo largo de los cinco años varía.



Sin embargo, escalones anteriores de la cuenta de resultados como el EBITDA y el EBIT difieren entre una alternativa y otra.



Si hacemos un análisis comparativo de los dos estados de tesorería agregados de los cinco años para las dos hipótesis planteadas, tendremos:

Conceptos	Adquisición de equipos (CAPEX)	Alquiler de equipos (OPEX)
Cobros totales	8.000	8.000
Pagos		
– Personal	–3.090	–3.090
– Otros gastos	–1.000	–1.000
– Alquiler equipos	0	–1.300
EBITDA	3.910	2.610
Adquisición equipos (año 1)	–1.000	0
Cash-flow operativo neto	2.910	2.610
– Intereses pagados	–300	0
– Impuesto sobre beneficios	– 783	–783
FREE CASH-FLOW	1.827	1.827
+ Financiación recibida (año 1)	1.000	0
– Devolución de préstamos (años 1 al 5)	–1.000	0
Caja disponible para retribuir a los accionistas u otros fines	1.827	1.827

4.6. Comentarios

Se suele identificar el EBITDA con la capacidad o el potencial de generar tesorería en las actividades habituales, lo cual es cierto, pero solo en el corto plazo.

Veamos qué ha ocurrido en nuestro ejemplo:

Al final la tesorería que queda disponible es la misma. El beneficio después de impuestos al igual que la tesorería es algo mayor en los primeros años en el caso de la compra del activo fijo pero al cabo de los cinco años se igualan.

Si la empresa opta por la adquisición del inmovilizado (CAPEX), el EBITDA acumulado en los cinco años asciende a 3.910 u.m., mientras que si opta por los alquileres (OPEX), el EBITDA acumulado es de 2.610 u.m.

Sin embargo, en el primer caso, hay que devolver un préstamo que en el segundo caso no existe. Si tal y como hemos supuesto, el alquiler a pagar es similar a lo que pagamos entre principal e intereses del préstamo, hipótesis en principio bastante razonable, al final llegamos a una tesorería igual en ambos casos.

5. USO Y ABUSO DEL EBITDA

El uso del EBITDA se hizo muy habitual a comienzos de los noventa del siglo XX. En esos años era utilizado especialmente por empresas altamente endeudadas y que, por tanto, pagaban muchos intereses. Estas empresas habían realizado grandes inversiones, así que tenían que realizar importantes amortizaciones del fondo de comercio (*goodwill*) satisfecho en la adquisición de empresas completas o partes de ellas ¹.

El EBITDA, al no tener en cuenta las amortizaciones del activo fijo ni los intereses de la deuda, es muy utilizado para ofrecer una mejor imagen de cara a la creación de valor por parte de empresas muy apalancadas, esto es, con cifras importantes de deuda y con fuertes inversiones en activos fijos depreciables.

El EBITDA es un buen indicador para realizar comparaciones entre diferentes empresas o diferentes unidades de negocio o divisiones dentro de una misma empresa. Al no incluir las amortizaciones en su cálculo se está eliminando un gasto sobre cuya determinación puede haber elevadas dosis de subjetividad al tratarse de una estimación en la mayor parte de las ocasiones. Tan correcto es aplicar el coeficiente máximo que establecen las tablas de amortización fiscal como aplicar el mínimo, por lo que a veces el cálculo de las amortizaciones depende de consideraciones fiscales o de otro tipo (como manipulaciones del resultado para presentarlo de forma más favorable). El EBITDA elimina esta posible distorsión. Podemos decir que es más homogénea y fiable hacer una comparación entre los EBITDA de dos o más empresas que hacerla sobre sus resultados, de la misma forma que es más fiable la cifra de flujos de efectivo que la del resultado, por el mismo hecho de no incluir las amortizaciones y otros conceptos subjetivos (deterioros, provisiones) en su cálculo.

En mi opinión, el EBITDA también es un indicador muy útil para fijar objetivos de gestión porque los responsables de proyectos, unidades de negocio, etc., normalmente no tienen modo de actuar sobre los componentes de la cuenta de resultados que están por debajo del EBITDA (amortizaciones, gastos financieros y mucho menos impuestos).

Ahora bien, cuando existen incentivos que giran sobre el EBITDA, se pueden dar situaciones paradójicas. Una empresa puede tener EBITDA positivo y tener pérdidas. En esta situación los accionistas no recibirán dividendos pero es posible que los gestores estén recibiendo suculentas primas, bonus, etc., ligados al EBITDA. Esto puede llevar a incentivar crecimientos a veces desorbitados que generan fuertes inversiones en activos fijos, y que al ser financiados mediante deuda (compras apalancadas), generan los correspondientes intereses, pero que al estar en la cuenta de resultados por debajo del EBITDA tanto las amortizaciones como los intereses, dicho crecimiento no afecta negativamente, sino más bien todo lo contrario ya que aumentan el indicador al cual se han ligado los «objetivos interesados» de algunas personas o grupos.

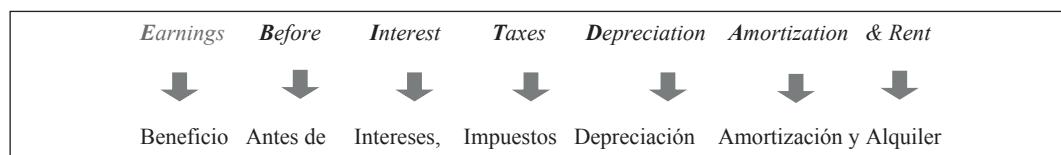
El crecimiento de algunas empresas y su excesivo endeudamiento ha estado relacionado en ocasiones con este mal uso del EBITDA. En épocas no muy lejanas era práctica habitual establecer

¹ Actualmente tanto en la normativa española como en las normas internacionales, el fondo de comercio no se amortiza, si bien puede ser objeto de deterioro a través de la realización de un test de deterioro (*Impairment test*).

también múltiplos de EBITDA a efectos de valoración de determinados negocios. Una empresa se valora en «n» veces su EBITDA medio de los últimos años. A empresas con escasos beneficios y expectativas dudosas de mejorarlos se les atribuía un valor enorme. De ahí a la cultura del «pelotazo» no hay mucha distancia.

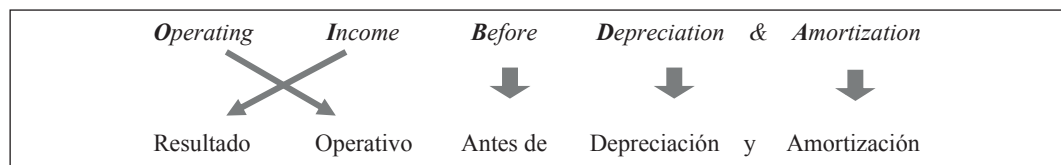
6. VARIANTES SOBRE EL EBITDA. MÁS DE LO MISMO PERO «A MEDIDA»

En algunos sectores económicos le han salido imitadores al EBITDA. Por ejemplo en las empresas de navegación aérea es habitual utilizar el EBITDAR.



Dado que en muchas empresas de este sector es habitual alquilar los aviones en lugar de comprarlos, no hay grandes cifras de amortizaciones pero sin embargo sí habrá alquileres de cuantías significativas. Pues se restan también, y ya tenemos el EBITDAR. Ni que decir tiene que las ventajas o desventajas de su uso son similares a las comentadas para el EBITDA.

En algunas empresas, especialmente en el sector de telecomunicaciones, es también frecuente utilizar el término OIBDA.



$$\text{OIBDA} = \text{Resultado operativo} + \text{Amortizaciones}$$

En realidad es lo mismo que el EBITDA, ya que el resultado operativo y el resultado de explotación son una misma magnitud. La utilización del OIBDA comenzó a partir del Plan General de Contabilidad de 2007 que de un modo sorprendente para muchos profesionales, entre los que me incluyo, no contempla un epígrafe específico en la cuenta de pérdidas y ganancias para los ahora inexistentes (en el modelo oficial, que no en la realidad empresarial) «Resultados extraordinarios».

Ante la desaparición de este epígrafe y su inclusión dentro del resultado de explotación, algunas empresas han optado por llamar OIBDA a una magnitud que es igual al EBITDA pero adaptada a nuestra norma, es decir, incluyendo unos resultados atípicos o no recurrentes, que ahora forman parte del resultado de explotación.

Por último citar el EBITDARM, magnitud no muy usual pero que aparece en algún informe en el que al beneficio además de sumarle intereses, impuestos, depreciaciones, amortizaciones y alquileres, se le suman también los gastos de gestión ($M = \text{Management fees}$). Ya puestos, lo mejor sería sumar todos los gastos y llegaríamos a la cifra de ventas (brutas a ser posible) que sin duda es un indicador de primer orden, pero para ese viaje no hacen falta alforjas, basta tomar la primera partida de la cuenta de resultados, que es precisamente la cifra de ventas brutas.

7. CONCLUSIONES

El EBITDA no es, en absoluto, un mal indicador, pero tampoco es la panacea. Hoy en día muchas empresas solo hablan del EBITDA como si fuera el único indicador relevante para una empresa, cuando es obvio que es uno de los muchos indicadores útiles que se pueden obtener a partir de los estados financieros de una compañía.

Por otra parte, un mal uso del EBITDA nos puede llevar a conclusiones equivocadas, especialmente si el auditorio no es muy versado en temas financieros.

Cuando decimos que las amortizaciones del inmovilizado no afectan a la tesorería es solo una verdad a medias, ya que si bien es cierto que cuando se dotan las amortizaciones no hay salida de dinero, hay que tener en cuenta que ese dinero ya habrá salido en el momento en que se adquirió el inmovilizado, es decir, que ha salido antes de que el activo empiece a generar ingresos y sus consiguientes cobros.

Si el activo fijo se ha financiado con alguna deuda con un plazo de vencimiento igual a la vida útil del bien, las amortizaciones técnicas del activo tenderán a ser similares a las amortizaciones financieras de las deudas que financian dichos activos, y por lo tanto habrá un pago al prestamista por un importe medio equivalente a la depreciación del bien.

Dado que el EBITDA no está definido en España en ninguna norma mercantil ni contable, sería muy conveniente, casi imprescindible diría yo, que cualquier referencia al mismo en un contrato, ya sea para fijar incentivos, precios de las acciones, valoración de la empresa, renovación de financiación, vencimiento anticipado de la misma, o cualquier otra cuestión, venga acompañada por una definición precisa de qué es lo que entendemos por EBITDA, si es que lo que realmente queremos es evitar disputas y malentendidos futuros.

Hay matices que convendría aclarar tales como:

- Los resultados no recurrentes (los que antes se denominaban extraordinarios) ¿forman parte del EBITDA?
- Es obvio que las amortizaciones se suman al resultado de explotación para calcular el EBITDA, pero ¿debemos sumar también los deterioros de activos? Se trata de pérdidas

de valor de activos diferentes a las amortizaciones pero que tampoco suponen flujos de tesorería.

- En caso de que se incluyan los deterioros de activos, ¿se trata igual si es un activo corriente o uno no corriente? Especial relevancia tendría el posible deterioro del fondo de comercio en tiempos como los actuales en que este hecho es muy habitual.
- Las provisiones tanto a corto plazo, pero especialmente las de largo plazo, son gastos que no afectan de momento a la tesorería. ¿Deberían sumarse también?
- Los ingresos por ajuste a valor razonable de algunos activos, fundamentalmente activos financieros de la cartera de negociación, ¿deberían minorar el cálculo del EBITDA al no haber generado flujos de tesorería?

Estas y otras cuestiones son opinables. Ya he comentado que se perdió la oportunidad de definir el EBITDA en el Plan General de Contabilidad de 2007. Hoy por hoy se trata de una magnitud de la que todo el mundo habla, algunos de forma muy sesgada para favorecer sus propios intereses, pero no hay nada regulado al respecto.

Bibliografía

- AMAT, O. [2008]: *Análisis de estados financieros. Fundamentos y aplicaciones*, Ed. Gestión 2000.
- BERSTEIN, L.A. y WILD, J.J. [2000]: *Analysis of financial Statement*, Ed. McGraw-Hill.
- ESTEO, F. y VILLACORTA, M A. [junio 2002]: «El margen EBITDA», *Revista Técnica contable*.
- LLORENTE, J.I. [2010]: «Análisis de estados económico-financieros», Ed. CEF.
- STUMPP, P.M. y otros [junio 2000]: *Putting EBITDA in perspective. Ten critical failings of EBITDA as the principal determinant of cash flow*, Moody's Investors Service.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

PALOMA CORONADO SIERRA

Profesora del CEF

BOICAC núm. 84, diciembre 2010. Consulta 2. Coste de producción del inmovilizado. Aportación de la dotación para la creación de una fundación.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable aplicable a determinados gastos en los que incurre una entidad relacionados con la construcción de un inmovilizado.

Respuesta:

La entidad consultante tiene en proyecto la construcción de un inmovilizado material que ha sido sometido a la necesaria autorización administrativa. En su dictamen, la Administración impone una serie de medidas compensatorias para garantizar que la construcción de las nuevas instalaciones y su posterior explotación se realicen de manera respetuosa con el medio ambiente. Entre ellas se encuentra la creación de una fundación independiente y permanente antes de que den comienzo las obras de construcción.

En cumplimiento del citado dictamen, la consultante constituye una fundación cuyos fines son controlar el estado y las tendencias de la biodiversidad local y garantizar al mismo tiempo la aplicación de las medidas correctoras y compensatorias adecuadas.

La consulta versa sobre el tratamiento contable de la aportación realizada en concepto de dotación fundacional, dentro del marco del Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por Real

Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre. En particular, si la misma debe contabilizarse como un gasto o como mayor valor del inmovilizado material en curso.

El criterio de este Instituto en relación con las aportaciones que una empresa realiza a título de dotación fundacional es el recogido en la consulta 6 publicada en el Boletín del ICAC nº 75, de septiembre de 2008:

«Las aportaciones a entidades no lucrativas, en la medida en que se conceden sin contraprestación y no conllevan la aparición de ningún derecho para el aportante, han de ser contabilizadas por este como un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias por el valor contable del activo entregado. En la medida en que estas aportaciones sean de carácter excepcional y cuantía significativa, deberán registrarse como gastos excepcionales en la partida de Otros resultados que ha de crearse formando parte del resultado de explotación, de acuerdo con la norma 7.^a de elaboración de cuentas anuales, contenida en la tercera parte del Plan General de Contabilidad».

Para determinar si en el caso objeto de consulta la citada aportación debe reconocerse como mayor valor del inmovilizado en curso, la cuestión que será preciso dilucidar es si dicho componente forma parte del coste del activo.

A tal efecto, en el apartado 6, «Criterios de valoración» del Marco Conceptual de la Contabilidad (MCC) del PGC, se precisa que:

«El coste histórico o coste de un activo es su precio de adquisición o coste de producción.

El precio de adquisición es el importe en efectivo y otras partidas equivalentes pagadas o pendientes de pago más, en su caso y cuando proceda, el valor razonable de las demás contraprestaciones comprometidas derivadas de la adquisición, debiendo estar todas ellas directamente relacionadas con esta y ser necesarias para la puesta del activo en condiciones operativas.

El coste de producción incluye el precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles, el de los factores de producción directamente imputables al activo, y la fracción que razonablemente corresponda de los costes de producción indirectamente relacionados con el activo, en la medida en que se refieran al periodo de producción, construcción o fabricación, se basen en el nivel de utilización de la capacidad normal de trabajo de los medios de producción y sean necesarios para la puesta del activo en condiciones operativas.»

Por tanto, si la citada dotación constituye un desembolso identificable directamente relacionado con la construcción del activo, es decir, un consumo de recursos que se puede medir y asignar de forma inequívoca a la construcción del inmovilizado, el adecuado tratamiento contable será considerarla parte integrante de su coste de producción.

De la información proporcionada por el consultante se infiere que en el dictamen sobre el impacto medioambiental del puerto se concluye que el proyecto puede realizarse siempre y cuando se adopten a su debido tiempo cuantas medidas compensatorias sean necesarias, en particular, la creación de

una fundación independiente y permanente antes de que comiencen las obras con la finalidad de realizar los trabajos de seguimiento y control del mismo cuando entre en funcionamiento.

Es decir, la citada dotación parece tener por objeto principal sufragar los estudios de impacto ambiental necesarios para la construcción del inmovilizado, habituales en otro tipo de proyectos y que de forma similar a lo que sucede con los estudios técnicos de otra índole necesarios para la construcción de un obra compleja deberán formar parte del coste del activo, sin perjuicio de que su ejecución no se realice de forma directa sino indirecta a través de la creación de la fundación.

En definitiva, en desarrollo del MCC y por directa aplicación de la norma de registro y valoración 2.^a, «Inmovilizado material», se incluirá como mayor precio de adquisición o coste de producción cualquier gasto adicional y directamente relacionado con la adquisición o con los costes imputables a la construcción del inmovilizado (como puede ser una exigencia medioambiental necesaria para poder incorporar el inmovilizado al patrimonio de la entidad), que se produzca hasta la puesta en condiciones de funcionamiento del mismo.

En todo caso, en la memoria de las cuentas anuales se dará cumplida información de las operaciones descritas, en la medida en que sean significativas, de forma que aquellas expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad, en particular se deberá atender a las especificaciones a incluir en la memoria señaladas en la Resolución de 25 de marzo de 2002 del ICAC, por la que se aprueban las normas para el reconocimiento, valoración e información de los aspectos medioambientales de las cuentas anuales.

EJEMPLO:

La empresa «OBRACÍN, SA» obtiene el permiso administrativo para la construcción de una planta de tratamiento de residuos sólidos orgánicos en la comarca en la que está situada. La autorización administrativa conlleva una serie de medidas compensatorias entre las que se encuentra la creación de una fundación antes de que den comienzo las obras de la construcción de la planta.

«OBRACÍN, SA» constituye la fundación «ÁNIMAS», cuyo fin será la realización de estudios medioambientales sobre los efectos de la planta de tratamiento, aportando a la dotación fundacional 100.000 euros. Posteriormente se inicia la construcción de la planta por parte de una empresa especializada que durante el ejercicio ha emitido certificaciones de obra por importe de 500.000 euros que han sido pagados por la empresa «OBRACÍN, SA».

Se pide:

Contabilizar las operaciones de «OBRACÍN, SA» en relación con la constitución de la fundación «ÁNIMAS» y la construcción de la planta que al cierre del ejercicio todavía está en fase de construcción.

.../...

.../...

Solución:

Las aportaciones al fondo dotacional por parte de los patronos generalmente se contabilizan como un gasto dando lugar al siguiente asiento suponiendo que la dotación sea monetaria:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
678	Gastos excepcionales	xxx	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		xxx

Sin embargo, en este caso según indica la consulta, la dotación constituye un desembolso directamente relacionado con la construcción del activo, por lo que será mayor importe de dicho activo, ya que la aportación tiene por objeto principal sufragar los estudios de impacto medioambiental de la planta y que de forma similar a lo que sucede con los estudios técnicos de otra índole necesarios para la construcción de un obra compleja deberán formar parte del coste del activo, sin perjuicio de que su ejecución no se realice de forma directa sino indirecta a través de la creación de la fundación, por lo que el asiento a realizar por «OBRACÍN, SA» en relación con la aportación fundacional será:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
232	Instalaciones técnicas en montaje	100.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

Por las certificaciones de obra de la construcción de la planta:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
232	Instalaciones técnicas en montaje	500.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		500.000

PALOMA CORONADO SIERRA

Profesora del CEF

BOICAC núm. 84, diciembre 2010. Consulta 3. «Instrumentos financieros», NRV 9.^a. Opciones cruzadas.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de la adquisición de un activo financiero sometido a lo que el consultante denomina un «Acuerdo de inversión», «Pacto de accionistas» y un «Acuerdo de desinversión».

Respuesta:

Una sociedad (en adelante, sociedad «M») firma un contrato con los accionistas de otra sociedad dominante de un grupo industrial (en adelante, sociedad «X»). Los citados accionistas son una persona física con el 1 por 100 de «X» y la sociedad «Y» (íntegramente participada por dicha persona física) con el 99 por 100 (en adelante, los actuales accionistas).

Los términos generales del contrato son los siguientes:

- a) La sociedad «M» realiza una inversión en la sociedad «X», que jurídicamente se estructura mediante la suscripción de una participación minoritaria del capital social de «X» (que se describe en la consulta como «Acuerdo de inversión»).
- b) Las partes convienen las condiciones en las que «M» ejercerá sus derechos políticos en la sociedad «X» (acuerdo que en la consulta se denomina «Pacto de accionistas»).
- c) Por último, se fijan los términos en los que «M» podrá dejar de participar en la sociedad «X» (que se detallan en la consulta bajo la rúbrica de «Acuerdo de desinversión»).

En ejecución de los citados acuerdos y pacto, la sociedad «M» adquiere el 20 por 100 de «X» y otorga a los actuales accionistas una opción de compra irrevocable que puede ser ejercitada en un determinado periodo de tiempo. Por otro lado, los actuales accionistas conceden a «M» una opción de venta irrevocable que también puede ser ejercitada en un periodo de tiempo limitado y que comenzará a computarse una vez concluya el plazo para ejercer la opción de compra.

Ambas opciones son gratuitas y el precio de ejercicio, el mismo para las dos, es un importe equivalente a la inversión realizada por «M» más una tasa interna de retorno que oscilará entre un 10 y un 20 por 100 en función del «EBITDA» de las últimas cuentas anuales consolidadas cerradas y auditadas de la sociedad «X».

Por último, en el contrato se establecen una serie de condiciones para la enajenación de las acciones adquiridas por «M» en caso de no ejercitarse las opciones de compra o venta indicadas por causa que no sea imputable a «M», como, por ejemplo, la imposibilidad financiera de los accionistas actuales de atender el pago.

La pregunta que se formula es la categoría en que debe encuadrarse la inversión realizada por «M» aplicando el nuevo Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC) aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

El registro contable de cualquier operación requiere un previo análisis del fondo, económico y jurídico, de la misma, tal y como exige el artículo 34.2 del Código de Comercio y, en su desarrollo, el Marco Conceptual de la Contabilidad (en adelante, MCC) recogido en la primera parte del PGC, en cuya virtud, «en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica».

En este sentido, para otorgar un adecuado tratamiento contable a los hechos descritos por el consultante la cuestión esencial que debe dilucidarse es si la existencia de las «opciones cruzadas» permite concluir desde un punto de vista económico racional que el acuerdo alcanzado origina el reconocimiento de un pasivo para los socios mayoritarios y un derecho de crédito por parte de los minoritarios, en este caso, la sociedad «M», de acuerdo con lo previsto en el MCC y en sintonía con el criterio publicado en la consulta 7 del Boletín de este Instituto (BOICAC) n.º 79, de septiembre de 2009.

Si la respuesta es afirmativa, la contrapartida del pasivo para los socios mayoritarios será la participación que retienen los minoritarios, lo que con carácter general debería llevar a la conclusión de que los actuales accionistas asumen los riesgos y ventajas del 20 por 100 de las acciones de «X» y que por lo tanto la sociedad «M», una vez suscrito el acuerdo de desinversión, ha transmitido de manera sustancial los riesgos y beneficios de naturaleza económica inherentes a dichas acciones.

El intercambio de opciones cruzadas entre los actuales accionistas y la sociedad «M», cuyas condiciones son idénticas, con carácter general originará que en función de la evolución de los citados acuerdos, o bien los actuales accionistas ejerciten la opción de compra o bien que la sociedad

«M» ejercite la opción de venta, convirtiéndose los actuales accionistas en ambos casos en los propietarios del 100 por 100 del capital social de «X».

No obstante, lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es determinar si dicha transmisión se produce en el momento inicial, es decir, analizar si a la vista de los términos en que se fije el precio de ejercicio de las opciones puede concluirse que los actuales accionistas asumen desde dicho momento los riesgos y beneficios sustanciales de naturaleza económica del citado porcentaje.

A la vista de los antecedentes que obran en la consulta, este Instituto considera que se ha producido la citada transferencia en el momento inicial y que la sociedad «M» deberá clasificar su inversión en la categoría de «Préstamos y partidas a cobrar» regulada en la norma de registro y valoración (NRV) 9.^a «Instrumentos financieros» del PGC, sobre la base de los siguientes argumentos:

1. Los flujos de efectivo asociados al activo financiero son de cuantía determinable, lo que a sensu contrario permite inferir la transmisión de los riesgos y beneficios a los actuales accionistas, por los siguientes motivos:
 - a) En todo caso, según manifiesta el consultante, el activo financiero genera una rentabilidad del 10 por 100 sobre la inversión efectuada por «M».
 - b) Su reembolso se producirá en el intervalo que media entre el inicio del plazo de ejercicio de la opción de compra y el de finalización de la opción de venta. A tal efecto, los pactos de accionistas que suscribe «M», en cuya virtud determinadas decisiones que afectan a la dirección del negocio solo podrán tomarse con el acuerdo de «M» se configuran como un medio para que esta última pueda garantizarse una gestión ordenada de su inversión en la sociedad «X».
2. El activo no se negocia en un mercado activo.
3. Desde una perspectiva económica racional, no existe otra causa por la que el inversor pueda no recuperar sustancialmente toda la inversión inicial que no sea el deterioro crediticio del deudor.

A la vista de estos argumentos, para contabilizar el citado crédito puede traerse a colación por analogía el criterio aplicable a los préstamos participativos recogido en la consulta 1 publicada en el BOICAC n.º 78, de junio de 2009.

No obstante, en el supuesto excepcional de que las citadas opciones no llegasen a ejecutarse y que la sociedad «M» fuera restituida en la posición económica de un accionista ordinario, al amparo del acuerdo de desinversión, circunstancia que a su vez debería llevar a la conclusión del acuerdo de remuneración «predeterminada», el adecuado tratamiento contable de los hechos descritos en la consulta exigiría reclasificar el activo financiero en sintonía con los criterios de la NRV 9.^a del PGC, lo que con carácter general llevaría a clasificar la inversión en la categoría de «Inversión en empresa multigrupo o asociada», según proceda, en la medida en que se mantenga el pacto de accionistas.

EJEMPLO:

La sociedad «M» adquiere el 20 por 100 de la sociedad «X» (pacto de inversión) el día 1 de enero de 20X11 por un importe de 200.000 euros. El capital social de «X» tenía la siguiente composición accionarial antes de la operación descrita:

- 1 por 100 en poder de una persona física.
- 99 por 100 en poder de la sociedad «H» participada íntegramente por la persona física.

La adquisición de las acciones de la sociedad «H» por parte de la sociedad «M» conlleva las siguientes condiciones estipuladas en el contrato.

- La sociedad «M» ejercerá los derechos políticos que le corresponden por la adquisición (pacto de accionistas).
- La sociedad «M» podrá abandonar el accionariado de la sociedad «X» con las siguientes cláusulas de acuerdo de desinversión (opciones cruzadas).
 - «M» otorga una opción de compra irrevocable a los actuales accionistas de «X» que puede ser ejercitada en los próximos tres años.
 - Los accionistas de «X» conceden a la sociedad «M» una opción de venta irrevocable que puede ser ejecutada en los dos años siguientes a la finalización de la opción de compra.
 - Ambas opciones son gratuitas y el precio de ejercicio, el mismo para las dos, es un importe equivalente a la inversión realizada por «M» más una tasa interna de retorno que oscilará entre un 10 y un 20 por 100 en función del «EBITDA» de las últimas cuentas anuales consolidadas cerradas y auditadas de la sociedad «X».

Se pide:

Contabilidad y comentarios de las operaciones realizadas por la sociedad «M» sabiendo que:

- La rentabilidad estimada al cierre del ejercicio 20X11 es del 10 por 100.
- La rentabilidad estimada al cierre del ejercicio 20X12 es del 15 por 100.
- La rentabilidad al final del año 20X13 es del 15 por 100 fecha en la que sociedad «X» ejerce su opción de compra por precio inicial más la rentabilidad del 15 por 100.
- Al final de año 20X13 se mantienen todos los acuerdos de rentabilidad que será abonada en efectivo por la sociedad «X» pero se suspenden los acuerdos sobre las opciones cruzadas y la sociedad «M» mantiene la inversión en la sociedad «X».

.../...

.../...

Solución:

La consulta objeto de estudio indica que la existencia de opciones cruzadas como las expuestas en el enunciado permite concluir que el acuerdo económico entre las sociedades «M» y «X», mediante el que «M» adquiere el 20 por 100 de la sociedad «X», debe ser registrado por la sociedad «M» como un activo financiero que se incluirá en la categoría de «Préstamos y partidas a cobrar» (NRV 9.^a del PGC) y no como una inversión en instrumentos de patrimonio ya que del acuerdo se deducen las siguientes cuestiones:

- Los flujos de tesorería derivados de la inversión son determinados o determinables (tendrá una rentabilidad mínima del 10% y el reembolso de la inversión está asegurado).
- Se trata de un activo que no se negocia en un mercado secundario.
- Lo normal es que el inversor recupere su inversión al vencimiento.

Por tanto, el asiento que realizará la sociedad «M» el 1 de enero de 20X11 por la adquisición del 20 por 100 de la sociedad «X»:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
252-	Créditos a largo plazo. Opciones cruzadas	200.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		200.000

La NRV 9.^a del PGC señala en relación con la valoración inicial de los activos financieros incluidos en la categoría de «Préstamos y partidas a cobrar» que será por su valor razonable que, salvo evidencia en contrario, será el precio de la transacción, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada más los costes de transacción que les sean directamente atribuibles.

La valoración posterior es por su coste amortizado y los intereses devengados se contabilizarán en la cuenta de pérdidas y ganancias, aplicando el método del tipo de interés efectivo.

Por tanto, si la empresa ha estimado al cierre del ejercicio 20X11 que la rentabilidad de la inversión será del 10 por 100 deberá reconocer los intereses correspondientes al 31 de diciembre:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
252	Créditos a largo plazo. Opciones cruzadas (200.000 × 10%)	20.000	
762	Ingresos de créditos		20.000

Al cierre del ejercicio 20X12, los nuevos cálculos de la rentabilidad esperada –cabe recordar que irán variando porque es en función del «EBITDA» de las últimas cuentas anuales consolidadas cerradas y auditadas de la sociedad «X»– es del 15 por 100.

.../...

.../...

- Coste amortizado de la inversión ($200.000 \times 1,15^2$) 264.500
- Valor contable de la inversión 220.000
- Incremento 44.500

Este incremento surge de una nueva estimación por lo que no procede ajustar los ingresos reconocidos en el ejercicio precedente (NRV 21.^a del PGC «Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables»):

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
252-	Créditos a largo plazo. Opciones cruzadas	44.500	
762	Ingresos de créditos		44.500

Al 31 de diciembre de 20X13 por el reconocimiento de la rentabilidad del ejercicio y la venta de la participación a la sociedad «X»:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
252-	Créditos a largo plazo. Opciones cruzadas	39.675	
762	Ingresos de créditos ($264.500 \times 15\%$)		39.675

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	304.175	
252-	Créditos a largo plazo. Opciones cruzadas		304.175

Si al final del año 20X13 se pacta cobrar la rentabilidad de la inversión y la suspensión de las opciones cruzadas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	104.175	
252-	Créditos a largo plazo. Opciones cruzadas		104.175

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2404	Participaciones a largo plazo en empresas asociadas	200.000	
252-	Créditos a largo plazo. Opciones cruzadas		200.000

Recensiones Bibliográficas

Tendencias de reforma fiscal: hacia una fiscalidad europea

Jesús RUIZ-HUERTA, Ana AGÚNDEZ GARCÍA, Carlos CARCIMARTÍN

ALFÉREZ, Juan LÓPEZ RODRÍGUEZ y Jesús RODRÍGUEZ MÁRQUEZ

Fundación Alternativas, Madrid, 2011, 112 págs.

La viabilidad del *Estado de Bienestar* se encuentra comprometida en Europa como consecuencia de la grave crisis económica que vivimos, limitando severamente las condiciones de financiación disponibles para el mantenimiento de los servicios públicos, además de favorecer una notable extensión de opiniones críticas a la acción estatal, sacralizando la presunta eficiencia de los agentes económicos privados.

El libro comienza con una breve introducción, ocho capítulos dedicados al tratamiento de problemas generales y específicos de los impuestos directos e indirectos, la introducción de la variable medioambiental en determinadas figuras y la posible creación de nuevos gravámenes, relatando los logros y dificultades del proceso de armonización comunitaria y las perspectivas de avanzar hacia una fiscalidad europea, rematados con la reseña bibliográfica final y un índice de los gráficos que aparecen a lo largo del trabajo.

Los autores parten de la hipótesis de que «lo que demandan las sociedades actuales no son estados grandes cuanto estados fuertes, con una cierta dimensión, capacidad de actuación en sus tareas de regulación, intervención y arbitraje, además de la adecuada provisión de servicios públicos fundamentales, y que cuenten con la aceptación y el respeto de los ciudadanos, como reconocimiento de que el estado no es un ente ajeno y externo a la sociedad, sino el instrumento propio del sistema democrático para intentar hacer efectivos los objetivos demandados por la sociedad».

Frente a la crisis vienen adoptándose medidas de urgencia que difícilmente serán objeto de reversión. Es el caso de los incrementos del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y de los Impuestos Especiales, pero también la supresión de deducciones y hasta la creación de nuevos impuestos, postergando la conveniencia de revisar de forma global el sistema fiscal en su conjunto, valorando el protagonismo que en el mismo habrían de tener los impuestos redistributivos sobre la renta y el capital y su capacidad para dotar de la necesaria sostenibilidad presupuestaria a largo plazo.

En el trabajo se presentan los principios que deben inspirar al sistema fiscal –suficiencia, eficiencia, equidad, flexibilidad, estímulo del crecimiento económico, incorporación de criterios medioambientales, tratamiento equilibrado de las fuentes de renta, sencillez y claridad, limitación de comportamientos elusorios y persecución del fraude fiscal– y se formulan los principales interrogantes a los que se quiere dar respuesta: «¿cuál es el nivel de presión fiscal razonable en el momento actual?; ¿qué estructura del sistema tributario es la más adecuada?; ¿qué campo debe adjudicarse a la

imposición directa respecto a la indirecta?; ¿cómo combatir el fraude fiscal?; ¿cómo hacer compatibles en el campo de la fiscalidad los principios de eficiencia y equidad?; o ¿hasta qué punto está justificada la competencia fiscal entre los sistemas tributarios de los diversos países y comunidades y qué papel corresponde a los instrumentos de coordinación fiscal?; ¿en qué situación se encuentra el proceso de armonización fiscal europeo?; ¿cuál debe ser el papel de los sistemas fiscales en una zona monetaria única?; ¿qué se puede decir sobre el sistema de financiación del presupuesto europeo?».

El capítulo segundo repasa las tendencias de los sistemas fiscales europeos, arrancando con diversos datos que corroboran el mayor nivel de presión fiscal en Europa frente a otras áreas del mundo, así como la heterogeneidad y diversidad de las situaciones que presentan los diferentes Estados miembros y los efectos de pérdida de recaudación provocados por la crisis. También se observa la diferente distribución de la estructura impositiva y la evolución que han tenido los impuestos directos, indirectos y cotizaciones sociales en la Unión Europea desde el año 2007, además de tener en cuenta el comportamiento a la baja de los tipos de gravamen de los impuestos sobre la renta, claro exponente de la creciente competencia fiscal que ha supuesto la internacionalización de la economía. Asimismo, se fijan los autores en la procedencia de los ingresos fiscales según funciones económicas—en el año 2009, el trabajo era la principal fuente de recaudación (52%), siguiéndole el consumo (28%) y el capital (20%)— y cómo han ido evolucionando los tipos de gravamen implícitos sobre las mismas.

Las magnitudes analizadas en el capítulo tercero, referido a la imposición directa en la Unión Europea, revelan el peso relativo que presentan, en los sistemas tributarios nacionales, los impuestos sobre la renta de personas físicas y sociedades, así como de los que gravan la propiedad. La tendencia decreciente del impuesto a la renta personal, salvo algunas excepciones, ha sido consecuencia de la ampliación de bases y la caída de tipos, tramos y bonificaciones, amén de nuevos esquemas basados en el *impuesto dual o semidual*, y el *impuesto lineal*. También en relación con el impuesto sobre la renta de sociedades, se ha ido propiciando una reducción de tipos, ampliación de bases y simplificación del impuesto. Por lo que hace a los impuestos sobre la riqueza, apenas suponen el 5 por 100 de los ingresos en la Unión Europea, habiéndose caminado hacia su eliminación formal o de facto, salvo en Francia. Los cambios han llevado a la pérdida de importancia recaudatoria de la imposición directa, mermando la progresividad y distribución de la renta.

Después se tratan los problemas de la imposición indirecta, observando las cifras aportadas en la recaudación por el IVA, que ha sido utilizado, en la práctica totalidad de los países de la Unión Europea, como instrumento de política económica general para hacer frente a la situación de crisis y tratar de obtener ingresos adicionales, aunque con diferentes actuaciones (hay Estados que aplicaron subidas generales de tipos; otros que efectuaron rebajas selectivas para sectores muy ligados al consumo privado que pretendían fomentarse, como es el caso de la hostelería; también se detecta el errático comportamiento de algunos países que incrementaron y luego redujeron los tipos, así como la introducción de medidas de apoyo a la tesorería de las empresas en algunos casos).

Los autores consideran que se debe replantear el excesivo peso relativo del IVA por diversas razones: 1.^a Por los efectos que producen las subidas del IVA tanto en el consumo interno, como en el crecimiento y el empleo; 2.^a Porque un sistema que pivote en torno al IVA se hace muy vulnerable a situaciones de crisis, dado el efecto inmediato que producen las bajas del producto interior bruto

sobre su recaudación, y 3.^a Por las serias deficiencias en términos de justicia que arroja la recaudación de dicho impuesto.

Tomando como base la propuesta de la Comisión Europea sobre el futuro del IVA –«Libro Verde», COM (2010) 695 final–, se repasan diversas cuestiones técnicas en la configuración del mismo que inciden sobre el futuro de las transacciones intracomunitarias, los problemas derivados de la localización de los servicios internacionales y el caso particular de los servicios vinculados a las nuevas tecnologías, la lucha contra el fraude y la necesidad de procurar un modelo de gestión más eficaz, el sistema de «autoridad única» para la gestión del IVA en operaciones transnacionales y el problema de la diversidad de tipos de gravamen en el impuesto.

En el capítulo quinto del libro que recensamos se plantea la necesidad de «transversalizar» la tributación medioambiental, introduciendo criterios medioambientales en las reformas tributarias, sobre todo en los impuestos que afectan a la energía, dentro de los impuestos especiales sobre el consumo. Para articular una política de precio del agua que contribuya a su uso eficiente y cumplimiento de objetivos medioambientales, se propugna «disponer de un impuesto general sobre el agua que permitiera trasladar aquellos costes y externalidades derivados del uso de agua que no pueden o no se deben repercutir con ocasión de servicios individualizables». Al propio tiempo, podrían exigirse tasas o tarifas a los beneficiarios de los servicios, según cuál sea la modalidad de ejecución. Por otra parte, se observa la relación de la imposición sobre la energía y la contaminación con el sistema de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea, apostando por la implantación de un impuesto sobre el CO₂ y la superación de las deficiencias de la actual armonización de las figuras que recaen sobre productos energéticos, la electricidad y los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras («euroviñeta»).

Luego se abordan las propuestas de creación de un impuesto sobre las transacciones financieras como instrumento propio que contribuya a la financiación del presupuesto comunitario. Los autores se fijan en varias alternativas, analizando los caracteres y potencialidad recaudatoria de la llamada «Tasa Tobin» sobre transacciones cambiarias, cuyo objetivo pasaría por la penalización de las operaciones a corto plazo frente a las relacionadas con el comercio y la inversión. También consideran la opción de establecer un impuesto específico sobre las empresas que operan en el sector financiero, la alternativa de gravar las actividades financieras (la suma de beneficios y remuneraciones) y los impuestos sobre los bonos y equivalentes pagados en el sector financiero, o una sobretasa sobre los beneficios bancarios.

En el capítulo séptimo se describen los avances en el proceso de armonización de las legislaciones nacionales en los impuestos indirectos, cuya finalidad es la de asegurar el pleno funcionamiento del mercado único y evitar distorsiones en la competencia. También se considera la necesidad de coordinación de los impuestos directos sobre la renta personal y sobre sociedades, deteniéndose especialmente en la observación de la propuesta de la Comisión Europea de establecer un sistema común para el cálculo de la base tributaria de las empresas que operen en la Unión –la llamada Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS, más conocida por sus siglas en inglés, CCCTB, esto es: Common Consolidated Corporate Tax Base)–, que solucionaría los problemas que plantea la coexistencia de 27 códigos fiscales nacionales diferentes y la distribución entre

jurisdicciones fiscales de los beneficios gravables de los grupos multinacionales, así como el inadecuado tratamiento de las situaciones transfronterizas y los obstáculos existentes a la inversión internacional; «ofreciendo a las empresas un único conjunto de normas para el cálculo de sus beneficios imponible y la posibilidad de presentar una única declaración fiscal consolidada a una sola administración por su actividad entera dentro de la UE».

Posteriormente, se reseñan las dificultades que, para los sistemas fiscales nacionales, ocasiona la falta de gobernanza internacional, describiendo los trabajos realizados, en el seno de la Unión Europea y por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), ante la competencia fiscal perjudicial; también la necesidad de fortalecer el aspecto internacional frente a las fórmulas dirigidas a evadir impuestos de manera masiva y reducción artificial de obligaciones impositivas por empresas multinacionales, modernizando los instrumentos de control e intercambio de información relevante a efectos fiscales.

Al final se valora el sistema de recursos propios y la política presupuestaria de la Unión Europea, esbozando una serie de conclusiones favorecedoras de una nueva estructura fiscal europea.

Miguel Ángel Martínez Lago