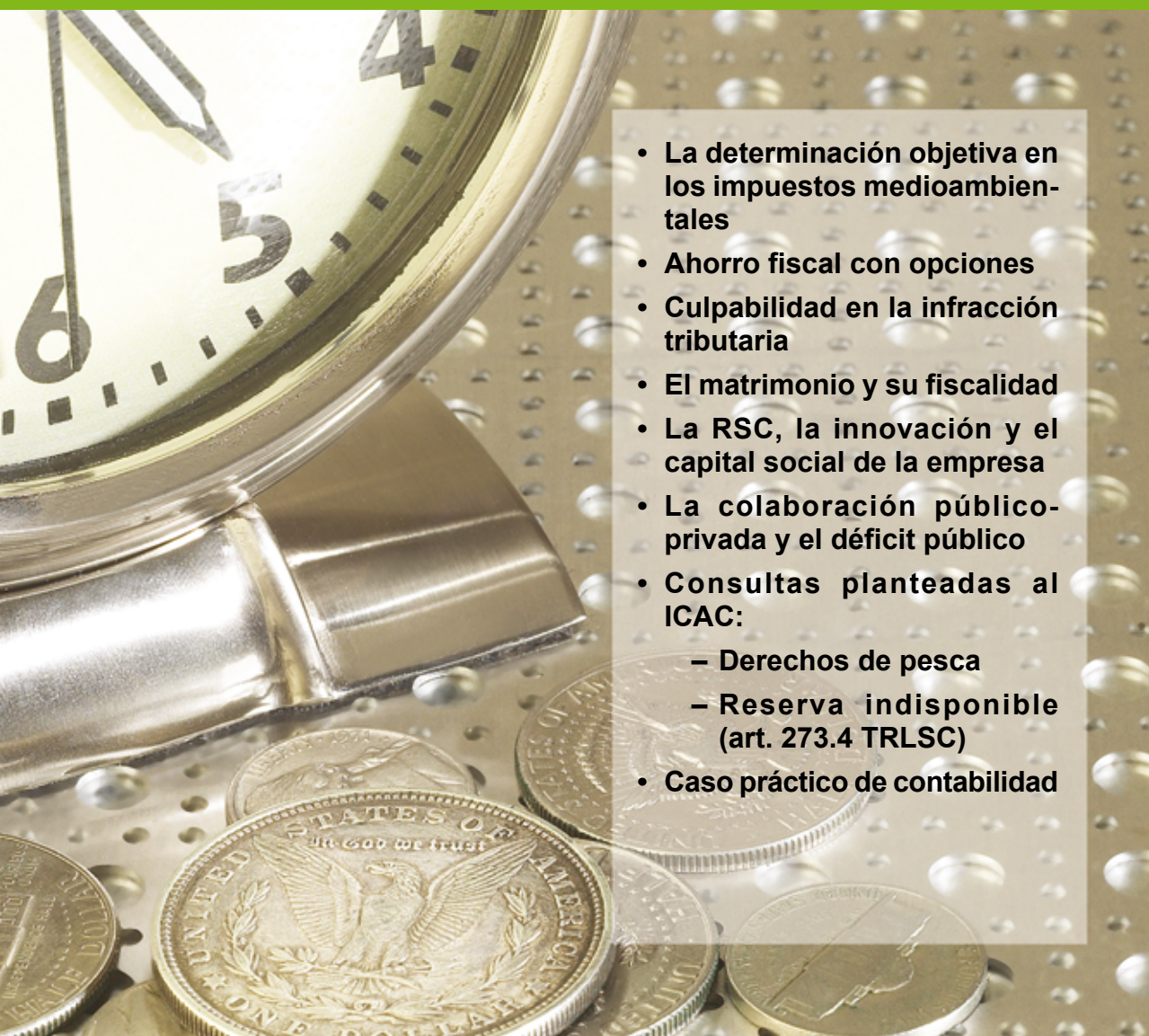




- La determinación objetiva en los impuestos medioambientales
- Ahorro fiscal con opciones
- Culpabilidad en la infracción tributaria
- El matrimonio y su fiscalidad
- La RSC, la innovación y el capital social de la empresa
- La colaboración público-privada y el déficit público
- Consultas planteadas al ICAC:
 - Derechos de pesca
 - Reserva indisponible (art. 273.4 TRLSC)
- Caso práctico de contabilidad

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

JULIO 2012 – NÚMERO 352

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

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

SUMARIO

Página

TRIBUTACIÓN

60/2012	La determinación objetiva en los impuestos medioambientales.	5
	<i>(Luis Miguel Muleiro Parada)</i>	
61/2012	Fiscalidad de las opciones financieras: estrategias de optimización fiscal.	47
	<i>(Emilio Álvarez Arjona)</i>	
62/2012	Culpabilidad en la infracción tributaria. La STS de 12 de julio de 2010 y los Tribunales Económico-Administrativos: un uso interesado de la jurisprudencia.	67
	<i>(Nuria Puebla Agramunt)</i>	

CUESTIONES A DEBATE... (TRIBUTACIÓN)

63/2012	El matrimonio y su fiscalidad.	111
	<i>(Gabinete Jurídico del CEF)</i>	

CONTABILIDAD

64/2012	Un modelo sobre las relaciones entre Responsabilidad Social Corporativa, capital social e innovación de la empresa.	125
	<i>(Laura Peinado López y Mario Javier Donate Manzanares)</i>	
65/2012	Colaboración público-privada, transferencia de riesgos y estabilidad presu- puestaria.	149
	<i>(Julio V. González García)</i>	
66/2012	Consultas planteadas al ICAC.	177
	<i>(Sotero Amador Fernández)</i>	
67/2012	Segundo ejercicio del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado.	183
	<i>(Inmaculada de Benito Cámara y José Tovar Jiménez)</i>	

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

Page

TAXATION

60/2012	The objective taxation regime in the environmental taxes. (Luis Miguel Muleiro Parada)	5
61/2012	Taxation of financial options: strategies for tax optimization. (Emilio Álvarez Arjona)	47
62/2012	Guilt in tax violation. The judgment of the Tribunal Supremo of 12th July 2010 and the Administrative Courts: an interested use of the case-law. (Nuria Puebla Agramunt)	67

ISSUES TO DEBATE... (TAXATION)

63/2012	Marriage and its taxation. (Gabinete Jurídico del CEF)	111
----------------	--	-----

ACCOUNTING

64/2012	A model on the relationships among Corporate Social Responsibility, social capital and firm innovation. (Laura Peinado López y Mario Javier Donate Manzanares)	125
65/2012	Public-private cooperation, transfer of risks and budgetary stability. (Julio V. González García)	149
66/2012	Questions formulated to ICAC. (Sotero Amador Fernández)	177
67/2012	Second exam of the selective examination for the admission to the Superior Body of the State Inspector Tax. (Inmaculada de Benito Cámara y José Tovar Jiménez)	183

LA DETERMINACIÓN OBJETIVA EN LOS IMPUESTOS MEDIOAMBIENTALES

LUIS MIGUEL MULEIRO PARADA

Universidad de Vigo

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:

EN los últimos años la determinación objetiva, estimación objetiva en la terminología utilizada por el legislador, ha alcanzado una proyección muy importante dentro de los tributos autonómicos medioambientales. Fundamentalmente, el régimen basado en signos, índices, módulos o magnitudes se ha extendido a la mayor parte de los impuestos sobre emisiones de gases a la atmósfera y a los cánones de saneamiento. En el presente trabajo trataremos de estudiar y analizar los regímenes de determinación objetiva establecidos en las diferentes comunidades autónomas, así como las regulaciones más destacables de las regiones que no han amparado, en sede de cuantificación tributaria, el régimen objetivo.

Palabras clave: estimación objetiva, tributos medioambientales, impuesto sobre la emisión de gases a la atmósfera y canon de saneamiento.

THE OBJECTIVE TAXATION REGIME IN THE ENVIRONMENTAL TAXES

LUIS MIGUEL MULEIRO PARADA

Universidad de Vigo

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 objective taxation regimes have achieved an important progress in the regional environmental taxes during the last years. They are especially important in the air pollution tax and in the water charges. This article analyzes the specials regimes of taxation in the Spanish regions who use parameters. We also study the environmental regimes in regions without objective regimes.

Keywords: objective taxation regimes, environmental taxes, air pollution tax and water charges.

Sumario

- I. Los impuestos medioambientales autonómicos con regímenes de determinación objetiva.
- II. La determinación objetiva en los impuestos sobre emisiones de gases a la atmósfera.
 - 1. Cuestiones generales.
 - 2. El ICA gallego.
 - 3. El impuesto andaluz sobre emisión de gases a la atmósfera.
 - 4. El impuesto manchego sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente.
 - 5. El impuesto aragonés sobre el daño medioambiental causado por la emisión de contaminantes a la atmósfera.
 - 6. La opción de otras CCAA.
- III. La determinación objetiva en los cánones de saneamiento.
 - 1. Cuestiones previas.
 - 2. El precedente catalán.
 - 3. Las demás regulaciones autonómicas.
 - 4. La realidad actual.
- IV. Perspectiva comunitaria de la fiscalidad ecológica y la determinación objetiva.
- V. Conclusiones.

I. LOS IMPUESTOS MEDIOAMBIENTALES AUTONÓMICOS CON RÉGIMENES DE DETERMINACIÓN OBJETIVA

El medio ambiente ha de ser protegido, con especial interés en los momentos actuales, y el tributo se presenta como uno de los instrumentos que el poder público puede utilizar para la protección y reparación de dicho bien ¹. En este ámbito, la determinación objetiva ha alcanzado gran acogida dentro de los tributos medioambientales o ecológicos caracterizados por su finalidad extrafiscal que se ampara dentro del párrafo segundo del artículo 2.1 de la Ley General Tributaria (LGT) y es conforme a lo previsto en nuestra Constitución Española (CE) ². Hay que partir de la consideración de que un inconveniente fundamental de los tributos ambientales se encuentra en las dificultades que existen para medir su hecho imponible y evaluar el coste de los daños ambientales.

El nivel de poder tributario en que hay que centrarse al tratar los tributos ecológicos o medioambientales ³, desde la óptica de la determinación objetiva, es el nivel autonómico. Ello a pesar de que la fiscalidad ambiental va mucho más allá de la tributación autonómica ecológica ⁴. En lo que concierne a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas (CCAA) en la materia de medio ambiente el marco viene delimitado por los artículos 148.1.9 y 149.1.23 de la CE, a tenor de los cuales le corresponde al Estado como una competencia exclusiva la legislación básica sobre protección del medio ambiente, mientras que para las CCAA quedan relegadas la gestión en materia de protección del medio ambiente y facultades para establecer normas adicionales de protección.

De hecho, los tributos medioambientales autonómicos se han ido incrementando en los últimos años centrándose en el campo de la protección del medio ambiente y el aprovechamiento de los espa-

¹ PITA GRANDAL, A.M.: «Sistema tributario y medio ambiente», en VV.AA.: *Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa*, Tomo I, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1998, pág. 583.

² Como precisa BAENA AGUILAR, la creación *ex novo* con finalidad primordialmente ecológica es una opción del legislador tributario plenamente constitucional, aunque deberá respetar determinadas limitaciones («Nuevos impuestos ambientales (I)», *RDFHP*, n.º 241, 1996, págs. 567 y 568). Por lo demás, la reforma fiscal ecológica ha sido calificada como símbolo de la fiscalidad del siglo XXI por PRADOS GARCÍA, E. en su trabajo: «La ecotasa balear: algunas reflexiones para el debate sobre la imposición ambiental», *Impuestos*, Tomo I, 2002, pág. 234.

³ Una de las pocas normas en que estos tributos aparece con la denominación de «tributos medioambientales» es la Ley vasca 3/1998, de 27 de febrero, en la que se regula la protección del medio ambiente.

⁴ Así, por ejemplo, a nivel estatal se aborda el estudio de dos grupos de tributos (los que se refieren al sector hidráulico y los relativos a consumos específicos) sin olvidar las medidas ecológicas que se pueden encontrar en normativas sectoriales o gravámenes recaudatorios en sentido estricto. *Vid.* VAQUERA GARCÍA, A.: *Fiscalidad y medio ambiente*, Valladolid, Lex Nova, 1999, pág. 21.

cios agrarios. Hoy por hoy constituyen una de las grandes materias que configuran el poder tributario efectivo de las CCAA a partir de las limitaciones que para el mismo se derivan desde la propia Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) ⁵. Ello junto con la materia del juego y la referida a las grandes extensiones de tierras improductivas ⁶. Recuerdan VILLAR EZCURRA y ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA que la amplia tributación de estos tributos autonómicos, en algún caso con falta de moderación, autoriza a plantear que los mismos no sirvan al principio de capacidad económica a menos que a este se le dé el significado acomodativo conveniente en atención al supuesto en que nos encontremos ⁷. Ello es debido, recordemos una vez más, a que nos enfrentamos a tributos de finalidad extrafiscal.

La determinación objetiva como régimen de determinación de la base imponible, estimación objetiva utilizando la terminología legal, alcanza una proyección importante en determinados impuestos ecológicos autonómicos. Por este motivo, en los siguientes apartados trataremos de llevar a cabo un estudio somero de cómo se proyectan los regímenes de determinación objetiva en los diferentes tributos autonómicos tratando de agrupar, en la medida de lo posible, aquellos tributos en que se encuentra la determinación objetiva en las diferentes CCAA y que presenten en común, precisamente, esas fórmulas objetivas de determinación. Así, haremos una referencia singular a la determinación objetiva que en ellos se ampara.

La determinación objetiva se extiende esencialmente a dos grupos de tributos ecológicos autonómicos en la actualidad:

- 1.º De una parte, ciertos impuestos autonómicos sobre las emisiones de gases a la atmósfera.
- 2.º Y, de otra parte, los conocidos como cánones de saneamiento.

La calificación como verdaderos impuestos medioambientales o ecológicos de buena parte de estos tributos puede ponerse en tela de juicio a partir de su configuración vigente. En particular, las críticas se vuelven más que fundadas en los cánones de saneamiento. Nuestra opción metodológica pasa por considerar la fiscalidad ecológica en sentido amplio, como aquellos tributos que se vinculan, de algún modo, a la protección del medio ambiente. Con la puntualización de nuestras reservas en relación con la calificación como verdaderos tributos medioambientales de parte de los impuestos que

⁵ Como expresan MAGADÁN DÍAZ y RIVAS GARCÍA, «... los tributos medioambientales abren nuevas vías de financiación para las haciendas autonómicas, apoyados en un sistema que no responde a los principios de legalidad, capacidad y seguridad, con el cual se aumenta disimuladamente la presión fiscal y los contribuyentes soportan mejor los tributos. Así, nos encontramos ante un sistema de tributación anestesiante...» («Los tributos medioambientales en el marco de la financiación autonómica», *Impuestos*, Tomo II, 1997, pág. 1.345). Con relación a los tributos autonómicos sobre las emisiones contaminantes, ADAME MARTÍNEZ recuerda que la imposición sobre vehículos no agota la esfera de actuación de las CCAA en materia de protección de la atmósfera y los entes territoriales pueden crear otros tributos con esta finalidad (*Los tributos propios de las Comunidades Autónomas*, Granada, Comares, 1996, pág. 645).

⁶ Vid. VICENTE-ARCHE COLOMA, P.: «Reflexiones sobre los impuestos propios de las CCAA», *Palau* 14, n.º 23, 1994, pág. 7. Como ha expresado BAENA AGUILAR: «[E]l "efecto expulsión" del art. 6.2 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas sobre las posibilidades de imposición propia de las Comunidades Autónomas hacia hechos impositivos ha constituido, sin duda, un campo abonado para la extrafiscalidad de los impuestos regionales» («Nuevos impuestos...», ob. cit., pág. 573).

⁷ «Los impuestos ecológicos ante el ordenamiento constitucional español», *RCyT. CEF*, n.ºs 197-198, 1999, pág. 56.

en este apartado abordamos. Nuestro legislador los ha conceptualizado como tales y en esto seguimos la opción legislativa, con independencia de que se hagan unos mínimos esfuerzos, dado el objeto de este trabajo, a declarar la verdadera naturaleza impositiva de las figuras tributarias correspondientes.

II. LA DETERMINACIÓN OBJETIVA EN LOS IMPUESTOS SOBRE EMISIONES DE GASES A LA ATMÓSFERA ⁸

1. Cuestiones generales

Los impuestos ecológicos que han establecido las diferentes CCAA para gravar la emisión de determinados gases a la atmósfera constituyen uno de los ejemplos más paradigmáticos en que, no pocas veces, encontramos referida la determinación objetiva al lado de la determinación directa como régimen para determinar la base del impuesto ⁹. Hay que considerar que, entre los impuestos sobre emisiones ¹⁰, son los que se refieren a sustancias atmosféricas contaminantes los que más han proliferado para llevar a cabo una medición del daño ambiental realizado. En este sentido, podemos resaltar cuatro impuestos sobre emisiones atmosféricas en los que se han establecido regímenes de determinación objetiva. Son los impuestos sobre emisiones de: Galicia, Castilla-La Mancha, Andalucía y Aragón ¹¹.

Existen otras CCAA con impuestos sobre emisiones de gases en que, sin embargo, únicamente se contempla como régimen de determinación de la base imponible la determinación directa (y la indirecta en caso de que se entienda como tal). Así ocurre, por ejemplo, en el impuesto murciano sobre emisiones atmosféricas.

En lo que respecta a estos impuestos sobre emisiones atmosféricas, es importante tener en cuenta que, con carácter general, buena parte de estos tributos han tenido una mayor eficacia recaudatoria que ambiental y ello debido a su discutible configuración. Si, con carácter general, se puede afirmar que en los impuestos ambientales la mayor dificultad deriva de la medición del coste de la

⁸ Como una opción a tener en cuenta en la imposición sobre la emisión de sustancias contaminantes, ADAME MARTÍNEZ ha mencionado la posibilidad de que los tributos autonómicos que se puedan crear para gravar tales emisiones podrían adoptar la forma de impuestos o tasas proporcionales a las emisiones contaminantes a la atmósfera, al estilo de la derogada tasa francesa (*Taxe sur les rejets de substances polluantes dans l'atmosphère*) que se introdujo en el año 1985 por el Decreto 85-582, de 7 de junio, y se modificaría con posterioridad a través del Decreto 90-389, de 11 de mayo. *Vid. Los tributos propios...*, ob. cit., págs. 646-649.

⁹ En esta materia hay que tener en cuenta ciertas iniciativas comunitarias como la propuesta de Directiva del Consejo de 30 de junio de 1992 acerca del impuesto sobre el dióxido de carbono y la energía y la Reforma de 10 de mayo de 1995 que no han alcanzado su objetivo todavía en el seno de la Unión. Asimismo, se coincide al afirmar un estado de opinión a favor del establecimiento de un impuesto sobre las emisiones de carbono y la energía procedente del carbón y del petróleo en el ámbito de la OCDE. *Vid. BAENA AGUILAR, Á.: «Nuevos impuestos...», ob. cit., págs. 570-572.*

¹⁰ Hay que recordar que la protección de la atmósfera puede instrumentarse esencialmente a través de tributos sobre las emisiones o bien sobre los productos susceptibles de provocarlas (HERRERA MOLINA, P.M.: *Derecho Tributario Ambiental*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 284).

¹¹ En este ámbito hay que coincidir en que, de acuerdo con la concepción tradicional del dominio lógico, parece correcta la opción que ha descartado el establecimiento de una tasa por aprovechamiento especial del dominio público atmosférico, en favor del impuesto como categoría tributaria (HERRERA MOLINA, P.M.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 88).

reparación del medio, en los impuestos sobre emisiones atmosféricas este escollo es especialmente relevante. De ahí que sea precisa la consecución de un equilibrio entre la carga impositiva y el coste que implique para las empresas la reducción de emisiones.

2. El ICA gallego

El primer impuesto sobre emisiones en el que se estableció un régimen de determinación objetiva fue el Impuesto gallego sobre la Contaminación Atmosférica (ICA), creado por la Ley gallega 12/1995, de 29 de diciembre. El hecho imponible de este impuesto viene constituido por la emisión de determinadas sustancias contaminantes a la atmósfera, a saber:

- 1.º Dióxido de azufre o cualquier otro compuesto oxigenado del azufre.
- 2.º Dióxido de nitrógeno o cualquier otro compuesto oxigenado del nitrógeno ¹².

A la medida de esta emisión de sustancias se refiere la base imponible, constituida por la suma de las cantidades emitidas por un mismo foco emisor ¹³. En general, en los impuestos sobre emisiones atmosféricas se puede coincidir en que «la base imponible debe tener en cuenta magnitudes ecológicas y, concretamente, unidades de contaminación, de modo que la reducción del daño ambiental por el sujeto pasivo redunde en una disminución de su carga tributaria» ¹⁴. En este sentido, BUÑUEL GARCÍA ha indicado que la emisión de contaminación constituye la elección más eficiente de la base imponible en los tributos ecológicos, ya que es lo que se trata de disminuir, por lo que sería al gravarla cuando se crearían unos mayores incentivos para reducir las emisiones por todos los medios posibles ¹⁵. Si bien es cierto que a menudo se tienen que elegir bases imposables diferentes en atención a dificultades técnicas y, esencialmente, de gestión o aplicación de los tributos ¹⁶.

El artículo 10.1 b) de la LICA habilita una posible utilización de la determinación objetiva en el impuesto deduciendo la cantidad de contaminantes emitida de indicadores objetivos vinculados a la actividad o proceso de producción de que se trate ¹⁷. No obstante, se ha dejado en manos de un Decre-

¹² Artículos 6 de la LICA y 5.1 del RICA.

¹³ Artículos 8 de la LICA y 7 del RICA.

¹⁴ *Vid.* GONZÁLEZ MÉNDEZ, A.: «La configuración...», *ob. cit.*, págs. 319 y 320.

¹⁵ BUÑUEL GARCÍA, M.: «Marco general económico de la tributación medioambiental: concepto, justificación y base imponible» en BUÑUEL GARCÍA, M. (dir.): *Tributación medioambiental: Teoría, práctica y propuestas*, Madrid, Civitas, 2004, pág. 57.

¹⁶ *Ibidem*, 57 y 58.

¹⁷ Nuestra doctrina ha cuestionado la constitucionalidad del impuesto gallego a partir del gravamen indiscriminado de las emisiones lícitas o ilícitas y lesión del principio de capacidad económica con relación a las emisiones ilícitas, respecto de las cuales el impuesto resultaría una medida innecesaria. *Vid.* HERRERA MOLINA, P.M.: *Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 286. Con carácter general, el TSJ de Galicia ha reiterado en diversos pronunciamientos la facultad de la Comunidad Autónoma gallega para establecer este tributo y su no conculcación de los principios de generalidad, igualdad y capacidad económica [véanse las SSTSJ de Galicia de 29 de enero de 2004, de 28 de noviembre de 2004, de 27 de junio de 2003, de 14 de abril de 2003, de 18 de marzo de 2003, de 24 de febrero de 2003, de 8 de octubre de 2002, de 15 de julio de 2002, de 22 de marzo de 2002 y de 3 de julio de 2001 (JUR 2004\174907, JUR 2004\174910, JT 2004\569, JT 2004\379, JT 2003\1549, JT 2003\1532, JUR 2003\195817, JT 2003\849, JT 2002\1838, JT 2002\1499 y JT 2001\1969, respectivamente)].

to de la Xunta el establecimiento de los supuestos en que sea de aplicación el régimen de determinación objetiva, los índices o módulos a utilizar en cada caso así como su valoración (Decreto 29/2000, de 20 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Contaminación Atmosférica).

El sistema de determinación objetiva se prevé para el caso de que el sujeto pasivo no tenga aparatos de medida o al menos el 80 por 100 de los combustibles utilizados sean fluidos¹⁸. Así, en lo que concierne a una de las características generales del régimen, la determinación objetiva se mantiene, acorde con la LGT, como un régimen voluntario¹⁹. Hay que entenderlo voluntario en la medida en que el contribuyente puede optar por el régimen de determinación directa, aunque es cierto que para ello deberá asumir el coste de los aparatos de medición²⁰. En el Decreto 29/2000 se prevén dos fórmulas diferenciadas de estimación: una prevista para los óxidos de azufre y otra para los óxidos de nitrógeno²¹.

No se llega a entender por qué el régimen de determinación objetiva ve limitado el ámbito subjetivo reglamentariamente tal y como se establece en el Decreto gallego. Así, van a quedar excluidas del régimen las empresas emisoras que utilicen en una cantidad relevante (a partir del 20%) combustibles sólidos para la producción de energía.

A tal efecto, conviene tener presente que en nuestra CA estas empresas son la mayoría de las que tributan en concepto de ICA²², motivo por lo que el ámbito de aplicación del régimen queda bastante limitado. Es cierto que la mayoría de estas empresas cuentan con aparatos que permiten la medición directa de las emisiones y, por tanto, la tributación que van a llevar a cabo sigue la determinación directa. Ello no debe ocultar los problemas de deslegalización que se presentan en la regulación gallega y que por vía reglamentaria se haya limitado el ámbito de aplicación del régimen²³.

¹⁸ Téngase presente que son sujetos pasivos del impuesto, como contribuyentes, las personas o entidades que sean titulares de las instalaciones o actividades que emitan las sustancias contaminantes objeto de imposición (arts. 7 LICA y 6 RICA).

¹⁹ ROZAS VALDÉS, VÁZQUEZ COBOS, APARICIO PÉREZ y ÁLVAREZ han apuntado que en línea de principio y de forma implícita la regulación gallega supone que el contribuyente puede optar por la determinación directa u objetiva, instalando o no sistemas de medición [«Impuestos ecológicos y pretendidamente ecológicos» en HERRERA MOLINA, P.M. (dir.): *Tributos locales y autonómicos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 550].

²⁰ HERRERA MOLINA, P.M.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 285.

²¹ BAENA AGUILAR considera que, respecto a la determinación objetiva, resulta censurable la deslegalización contraria al principio de reserva de ley que realiza el artículo 10.2 en favor del decreto para la fijación de los índices o los módulos, en línea con lo previsto en la LIRPF y LIVA («Nuevos impuestos...», ob. cit., pág. 581).

²² Por otra parte, hay que tener en cuenta que el inicial establecimiento de un mínimo exento en una cantidad elevada –de mil toneladas de contaminación– conllevaba que solo afectase el ICA a sujetos muy señalados, a pesar de que *a priori* podría ser contribuyente cualquier sujeto contaminante. En concreto hace unos años se citaban como entidades afectadas a: Endesa, Unión Fenosa, Repsol Petróleo, Aluminio español, Aluminio España y Encesa (CHICO DE LA CÁMARA, P. y HERRERA MOLINA, P.M.: «La fiscalidad de las emisiones atmosféricas en España» en: *Tributación medioambiental...*, ob. cit, pág. 192). VAQUERA GARCÍA sostuvo que es necesario que los tributos sobre la contaminación atmosférica tengan un mínimo exento que no sea demasiado reducido –lo que llevaría a un exceso de declaraciones y coste administrativo excesivo ante la escasa recaudación a que darían lugar– ni demasiado elevado porque se constreñirían los sujetos pasivos a unos pocos, como sucede actualmente en Galicia («La fiscalidad ambiental: Algunas reflexiones actuales», *NF*, n.º 3, 2006, pág. 34). A esta idea ha parecido responder la nueva configuración del mínimo exento en el artículo 12 de la LICA (100 toneladas), en virtud de la reforma operada por la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2009.

²³ Ha señalado GONZÁLEZ MÉNDEZ que: «... La Administración gallega no debería elaborar una normativa con un destinatario concreto, a pesar de que se quiera regular una realidad empresarial muy determinada, porque se resienten el fundamento y la estructura general del impuesto». Véase: «La configuración...», ob. cit., pág. 327.

Tampoco acabamos de comprender muy bien algunas argumentaciones que ha realizado nuestro Tribunal Supremo (TS) cuando ha considerado que realmente la determinación objetiva referida como tal en la normativa gallega es un régimen de determinación directa. En este sentido, la STS de 13 de marzo de 2007 ha señalado que: «(...) pese a que la Ley habla de estimación objetiva, a la vista del contenido de los artículos octavo y noveno del Decreto más bien puede hablarse de un modo principal de estimación directa determinación de la base imponible regulado en el artículo octavo; y, en segundo término, otro modo supletorio, también de estimación directa establecido en el artículo noveno, pues la diferencia entre uno y otro método parece radicar más que en el modo de medición de la base imponible en los aparatos medidores»²⁴. Parece deducirse que el Tribunal entiende que el régimen de determinación objetiva es de determinación directa realmente, por cuanto su diferencia solo estriba en la ausencia de aparatos medidores. A nuestro modo de ver sin embargo, el régimen debe ser calificado como determinación objetiva por cuanto se acude a unos signos, índices o módulos para medir la contaminación, por lo que existe una diferencia clara a la hora de medir la contaminación motivada, eso sí, porque no existe un soporte técnico que permita una determinación directa.

Una de las especialidades del impuesto gallego es que la determinación objetiva tiene como finalidad la medición de la base imponible del mismo pero con carácter mensual. Ello es conforme a la gestión tributaria del tributo en donde es precisa la presentación mensual de una declaración-liquidación en un modelo aprobado a los efectos²⁵.

Para la determinación de la base imponible se establecen fórmulas matemáticas que pese a que puedan parecer complicadas en una primera vista, hay que considerar que contribuyen a la simplificación tributaria. En última instancia se reduce la determinación de la base a una simple operación matemática evitándose, una vez más, incidir en costes fiscales indirectos como consecuencia de la exigencia del tributo (véase la necesidad de establecimiento de sistemas de medida de las cantidades de sustancias emitidas que se requiere en la determinación directa²⁶). Estas fórmulas son coherentes con el objetivo que se persigue a través del impuesto medioambiental. Además, son muy similares, aunque simplificadas en algún aspecto, a las que se habían recomendado en el programa europeo CORINAIR²⁷. La simplificación tributaria en los tributos medioambientales ha sido considerada por la doctrina científica como una de las causas que pueden desvirtuar el fin medioambiental²⁸. Es un argumento que no es válido con relación al impuesto gallego, a pesar de que en líneas generales debería tenerse en cuenta.

²⁴ Véase el FJ 7.º de la STS de 13 de marzo de 2007.

²⁵ En particular la declaración-liquidación se tiene que presentar a la Consejería de Economía y Hacienda correspondiente a la situación geográfica del foco emisor (art. 13 del RICA). Ello con independencia de la declaración-resumen anual que se tiene que presentar en el mes de marzo de cada año, asimismo, a través de un modelo que se ha aprobado al efecto (art. 14 del RICA).

²⁶ Véanse el artículo 10.1 a) de la LICA y artículo 8 del RICA.

²⁷ En esta línea de argumentación, GONZÁLEZ MÉNDEZ ha considerado que se trata de una formulación lógica y que la configuración y determinación de la base imponible del ICA, en la medida en que cumple con las exigencias de los principios de justicia tributaria, la finalidad de mejora medioambiental y la técnica jurídica puede constituir un modelo a seguir por otras Administraciones que persigan un objetivo de calidad atmosférica en atención a sus circunstancias particulares («La configuración...», ob. cit., pág. 327).

²⁸ En este sentido, CARBAJO VASCO y HERRERA MOLINA han indicado que, en especial en los impuestos sobre productos, la simplificación propia de los tributos medioambientales puede llegar a desvirtuar su fin medioambiental («Marco general jurídico de la tributación medioambiental: concepto, marco constitucional y marco comunitario» en *Tributación medioambiental...*, ob. cit., págs. 90-92 y 135).

Por lo demás, estimamos que la técnica que ha aplicado el legislador gallego es bastante criticable. Se han dejado en manos del desarrollo reglamentario determinados aspectos fundamentales del régimen de determinación objetiva como sería su ámbito o, de otro modo, los sujetos que pueden tener acceso a él. Nos situamos ante un posible conflicto como quiera que en la remisión reglamentaria pudiera incurrirse en una deslegalización de aspectos esenciales que fuese en contra de las exigencias del principio de reserva de ley. Siguiendo las enseñanzas del profesor FERREIRO, debemos considerar que la técnica jurídica se utilizará en modo y dirección contrarios a los principios constitucionales cuando se conceden al reglamento determinados campos que están reservados a la ley. Desde la perspectiva de la determinación objetiva ello ocurriría en los casos en que existe una mera calificación del régimen como procedimiento y se dejan en manos de la Administración la fijación de los elementos y sujetos que pueden o deben estar sometidos a la misma ²⁹.

3. El impuesto andaluz sobre emisión de gases a la atmósfera

En la CA andaluza la normativa que hemos de tener en cuenta en lo que se refiere a la fiscalidad ambiental desde la perspectiva de la determinación objetiva se refiere al impuesto sobre la emisión de gases a la atmósfera donde hemos de tener presentes fundamentalmente:

- 1.º La Ley autonómica 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas. En esta norma su artículo 29 prevé un régimen de determinación objetiva de la base imponible en el Impuesto sobre emisión de gases a la atmósfera que, precisamente, sería creado por este texto legal.
- 2.º El Decreto 503/2004, de 13 de octubre, en el que se regulan determinados aspectos sobre emisión de gases a la atmósfera y sobre vertidos a las aguas litorales.

El hecho imponible del impuesto andaluz es más amplio, con la idónea finalidad de protección del medio ambiente, de modo que no solo se gravan las emisiones de dióxido de nitrógeno y dióxido de azufre (o compuestos oxigenados del nitrógeno o azufre), sino también las de dióxido de carbono ³⁰. Si bien, con relación a las emisiones de dióxido de carbono se prevé que no estarán sujetas las emisiones procedentes de la combustión de biomasa, biocarburante o biocombustible, así como las realizadas desde las instalaciones sujetas al régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero que constituyan emisiones en exceso respecto de las asignaciones individuales según su normativa reguladora, salvo el exceso que suponga incumplimiento de la obligación de entregar derechos de emisión conforme a dicha normativa ³¹.

²⁹ «Derecho Tributario y orden democrático» en: *Ensayos sobre metodología y técnica jurídica en el Derecho Financiero y Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pág. 304.

³⁰ Se ha seguido aquí la opción de otros países europeos como Finlandia, Dinamarca, Holanda, Suiza, Suecia y Noruega. Aunque llama la atención que, como recuerda GALÁN SÁNCHEZ, el CO₂ es una sustancia que no forma parte de las que se encuentran en la lista de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación («El impuesto andaluz sobre emisión de gases a la atmósfera. Análisis sistemático», *NUE*, n.º 261, 2003, pág. 27).

³¹ Artículo 24 b) de la Ley autonómica andaluza 18/2003 cuya redacción se debe a la Ley de la CA de Andalucía 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras. En desarrollo de las emisiones gravadas por

En los regímenes de determinación de la base imponible, la ley también prevé una estimación simplificada de carácter opcional, junto a la determinación directa genérica ³², para los supuestos en que, no siendo preceptivo, los sujetos pasivos incorporan monitores para la medición en continuo de las sustancias emitidas y medidores de caudal (art. 28.1 de la ley andaluza) ³³. La norma indica que la determinación de la cantidad emitida de cada sustancia mediante los registros en continuo del caudal y concentración solo será posible cuando la captura de los datos válidos sea superior al 75 por 100 de los correspondientes a cada trimestre natural. Además el sujeto pasivo podrá determinar la cantidad emitida de una sustancia a partir de la relación entre la concentración registrada en continuo de la misma y la de otra sustancia de la que se conozca la cantidad total emitida, siempre que la captura de datos válidos simultáneos de ambas sustancias sea superior al 50 por 100 de los correspondientes a cada trimestre natural (art. 28.2 y 3 de la ley andaluza). Hay que reseñar que nos encontramos ante un régimen de determinación directa simplificada y no un verdadero régimen de determinación objetiva.

La especialidad de la determinación objetiva en el impuesto andaluz sobre la emisión de gases a la atmósfera es que se presenta como un régimen subsidiario de la determinación directa. Ahora bien, hay que entender que esa determinación objetiva es, realmente, una opción para los sujetos pasivos del impuesto, de modo que se respete lo previsto en la LGT y su previsión de subsidiariedad únicamente en relación con la estimación indirecta. Eso sí, la puntualización consiste en que la opción se refiere a aquellos sujetos pasivos del impuesto para los que no sea preceptivo la incorporación de monitores para la medición de la cantidad de sustancias emitidas y, no obstante, los hayan incorporado.

Es una voluntariedad del régimen, si bien restringida para ciertos supuestos. La prevención alcanza justificación porque para determinados sujetos pasivos, dada la cantidad de sustancias contaminantes que pueden emitir, lo idóneo parece que es únicamente posibilitar una determinación directa de sus bases imponibles.

Al igual que ocurre en el ICA, en el impuesto andaluz sobre emisiones de gases a la atmósfera se establece una ecuación para la determinación objetiva de la base imponible del impuesto. En particular la cantidad emitida de sustancia se calcula a partir de unos coeficientes que se denominan «factores de emisión». Pues bien, esos factores constituyen las «magnitudes» que todo régimen de determinación objetiva debe incluir como medios para la concreción de la base tributaria. El régimen andaluz se basa en varios parámetros que hacen referencia al grado de actividad de las instalaciones teniendo en cuenta el tipo de actividad y la efectividad de los equipos depuradores de las sustancias contaminantes objeto de imposición.

Finalmente, como destaca RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, la dualidad de regímenes de determinación de la base imponible hace que podamos distinguir entre tres tipos de obligaciones formales: las comu-

el impuesto andaluz, puede verse más extensamente CASANA MERINO, F.: «El hecho imponible del impuesto sobre emisión de gases a la atmósfera y la Directiva 96/61/CE, relativa a la prevención y control integrados de la contaminación», *NUE*, n.º 261, 2006, págs. 3-8 y YÁBAR STERLING, A.: «El impuesto andaluz sobre emisiones atmosféricas y el sometimiento de las emisiones de CO₂, en Andalucía, al mercado europeo de derechos de emisión», *NUE*, n.º 261, págs. 86-90.

³² La determinación directa se prevé para los supuestos en que las instalaciones industriales vienen obligadas por la normativa vigente a incorporar los monitores y medidores anteriormente aludidos.

³³ «La fiscalidad...», ob. cit., pág. 230.

nes, las específicas de la determinación directa y las propias de la objetiva. Con relación a la determinación objetiva, la aplicación de la ecuación de cálculo establecida en la normativa exige la verificación de algunos componentes de la misma, lo que puede dar lugar a la obligación de cumplir ciertas obligaciones formales ³⁴.

4. El impuesto manchego sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente

En la CA de Castilla-La Mancha, a similitud de lo que ocurre en Galicia, el impuesto manchego sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente grava las actividades cuyas instalaciones emiten a la atmósfera dióxido de nitrógeno o de azufre, o cualquier compuesto oxigenado ya sea del azufre o del nitrógeno ³⁵.

Inicialmente, en la regulación de este impuesto se preveían como regímenes de determinación de la base imponible la determinación directa y la indirecta. La determinación directa para los casos en que los focos emisores disponían de sistemas de medida y registro de las sustancias contaminantes objeto de gravamen con la condición de que los sistemas estuvieran conectados con los centros de control que se gestionan por la Junta de Comunidades [art. 5.2 a) de la Ley 11/2000, de 26 de diciembre, por la que se regula el impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente]. De otra parte, la determinación «indirecta» se preveía para los demás supuestos, es decir, cuando no se dispusiese de tales sistemas de medida y registro.

En la que se denominaba determinación indirecta se establecía que en los supuestos en que procediese tal régimen la base imponible se determinaría, de manera indirecta, por las cantidades emitidas por hora que resultasen de la última medición oficial realizada por un organismo de control autorizado. Ello con la prevención de que para el cálculo de las cantidades emitidas en el periodo de imposición se consideraría que el tiempo de emisión es de seis mil horas en el año natural [art. 5.2 b) de la Ley 11/2000]. Así, la denominada determinación indirecta en realidad escondía detrás de sí un verdadero régimen de determinación objetiva. En esta línea, HERRERA MOLINA y CHICO DE LA CÁMARA sostuvieron que la ley castellano-manchega reconocía dos métodos para la determinación de la base imponible: la determinación directa y la objetiva y que, tal vez hubiera sido deseable que la norma hubiese empleado el término «determinación objetiva» ³⁶.

La defectuosa terminología empleada fue, por suerte, modificada a través de la Ley 16/2005, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y del tipo autonómico del Impuesto sobre las Ventas de Determinados Hidrocarburos. La regulación anterior prácticamente se había limitado a la previsión del régimen y del tiempo de emisión a consi-

³⁴ «La gestión de los impuestos ecológicos andaluces», *NUE*, n.º 261, 2006, pág. 63. En particular, debe destacarse la obligación de cuantificar el parámetro B, que define el grado de actividad, en las condiciones delimitadas en la normativa andaluza.

³⁵ Del mismo modo, el impuesto manchego grava la producción termonuclear de energía eléctrica y el almacenamiento de residuos radiactivos (véase el art. 2 de la Ley 11/2000).

³⁶ HERRERA MOLINA, P.M. y CHICO DE LA CÁMARA, P.: «La fiscalidad...», ob. cit., pág. 200.

derar en el impuesto. Con relación a este último la nueva normativa lo elevó de seis mil a ocho mil horas, estableciéndose que esta duración podrá ser reducida a cuatro mil horas en el caso de averías que impliquen una suspensión de la actividad de la instalación por un periodo superior a seis meses continuados, siempre que dicho periodo de inactividad se certifique por los órganos competentes en materia de medio ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha³⁷. Ahora la propia norma legal establece una norma especial de cierre para la determinación objetiva, de modo que cuando por imposibilidad técnica³⁸, la medición realizada por el organismo de control autorizado no contenga los datos de emisión de algún foco, la parte de la base imponible correspondiente al mismo se determinará de acuerdo con la normativa específica sobre prevención y control de la contaminación atmosférica³⁹.

El legislador ha sido consciente de la incorrección en que había incurrido la normativa anterior. Así, en los momentos actuales se observa claramente la distinción entre el régimen de determinación objetiva e indirecta, ya que la norma establece que la estimación indirecta se aplicará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la LGT.

El desarrollo reglamentario del régimen de determinación objetiva del impuesto manchego sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente se había llevado a cabo a través del Decreto 169/2001, de 24 de julio, donde se concretan las normas para la determinación de la base imponible. Su normativa fue integrada en la Ley 16/2005 a partir de la que podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1.^a La base imponible de la instalación será la suma de las cantidades de compuestos oxigenados de azufre y de nitrógeno emitidas por todos sus focos emisores.
- 2.^a Para el cálculo de tales cantidades se ha de multiplicar, para cada foco emisor, la suma de las concentraciones horarias de los compuestos citados, por el caudal de gases emitidos y por 8.000 horas. El resultado se expresará en toneladas métricas equivalentes de dióxido de azufre y de dióxido de nitrógeno.
- 3.^a Para la determinación de la base imponible se utilizarán los datos de la última medición oficial realizada por un organismo de control autorizado respecto de la fecha de devengo del impuesto, con independencia de que dicha medición se haya realizado en el periodo impositivo o en ejercicios anteriores.

³⁷ Véase el artículo 7.3 de la Ley 16/2005.

³⁸ Se ha indicado que «no es conveniente dejar al agente que contamina el establecimiento de sistemas de medida y registro de información, sino que debe imponerse el establecimiento de este tipo de mecanismos de control como una *condictio sine qua non* para posibilitar el acto mismo de la contaminación» (Secretaría General de Hacienda de Andalucía: «Comentarios al impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente», *Alcabala*, n.º 27, 2001, pág. 92).

³⁹ Esta norma contenida en el artículo 7.3 de la Ley 16/2005 ha trasladado, parcialmente, el contenido del artículo 3.2 del Decreto 169/2001, de 24 de julio, donde ya se disponía que cuando por imposibilidad técnica, la medición realizada por el organismo de control autorizado no contuviese los datos de emisión de algún foco, la parte de la base imponible correspondiente al mismo se determinará por medio de balances estequiométricos establecidos de acuerdo con la normativa específica sobre prevención y control de la contaminación atmosférica.

- 4.^a Cuando por imposibilidad técnica, la medición realizada por el organismo de control autorizado no contenga los datos de emisión de algún foco, la parte de la base imponible correspondiente al mismo se determinará de acuerdo con la normativa específica sobre prevención y control de la contaminación atmosférica.

La regulación descrita puede llevar a cuestionar si la presunción *iuris et de iure* que se establece en la determinación objetiva en la ley manchega respeta el principio de proporcionalidad ⁴⁰. El régimen se establece para todos los supuestos en que no proceda la determinación directa y ello porque la determinación objetiva encuentra justificación en unos completos estudios estadísticos y económicos que constituyen la base del régimen. Con anterioridad al 2005, la disposición adicional de la Ley 11/2000 permitía solicitar a los sujetos pasivos, durante el periodo impositivo, la realización de una nueva inspección oficial por un organismo de control autorizado, adicional a las obligatorias, cuando por los cambios tecnológicos realizados en la instalación les interesase que se lleve a cabo una nueva medición. Esta previsión de que se llevase a cabo la medición de emisiones por la Administración a solicitud del interesado ha desaparecido en la Ley 16/2005. Aunque ello no supone necesariamente, para todos los supuestos, una quiebra del principio de proporcionalidad pues hay que considerar las distorsiones que se pueden provocar en los casos en los que la última medición se ha realizado hace bastante tiempo y la emisión se haya reducido considerablemente ⁴¹.

5. El impuesto aragonés sobre el daño medioambiental causado por la emisión de contaminantes a la atmósfera

5.1. La creación del impuesto y la regulación de los criterios de aplicación de la determinación objetiva

Aragón, siguiendo el ejemplo de las CCAA a las que hemos hecho referencia anteriormente, creó el «impuesto sobre el daño medioambiental causado por la emisión de contaminantes a la atmósfera» por virtud de la Ley aragonesa 13/2005, de Medidas Fiscales y Administrativas en materia de Tributos Cedidos y Tributos Propios. En realidad, esta norma dio entrada en el ordenamiento aragonés a los tributos medioambientales.

El tributo tiene como objeto gravar la concreta capacidad económica que se manifiesta en la realización de determinadas actividades que producen graves situaciones de contaminación atmosférica, como consecuencia de su incidencia negativa en el medio natural, humano, animal y vegetal de la Comunidad Autónoma. El hecho imponible se refiere al daño medioambiental causado por la emisión a la atmósfera de las sustancias más contaminantes que se encuentren clasificadas como tales

⁴⁰ Con relación al principio de proporcionalidad y las presunciones en materia tributaria a partir de la jurisprudencia del TJCE, véase PISTONE, P.: «Presunzioni assolute, discrezionalità e principio di proporzionalità in materia tributaria secondo la Corte di Giustizia», *Rivista di Diritto Tributario*, n.º 5, 1998, págs. 103-114.

⁴¹ Precisamente había sido esta la motivación de que la anterior regulación contemplada en la ley manchega estableciese la posibilidad de la medición de las emisiones por parte de la Administración cuando lo solicitaba el interesado cuando le interesaba por los cambios tecnológicos realizados. Véase ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «El impuesto de Castilla-La Mancha sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente en el marco de la financiación autonómica», *Justicia administrativa-Revista de Derecho Administrativo*, n.º 13, 2001, pág. 44.

por la legislación sobre protección atmosférica. En concreto se grava la emisión de las mismas sustancias gravadas en el impuesto andaluz sobre emisiones de gases a la atmósfera, es decir, compuestos oxigenados de azufre o nitrógeno y dióxido de carbono ⁴². Los sujetos pasivos del impuesto serán los titulares de las actividades que causan el daño medioambiental, y las instalaciones en que se desarrollan estas actividades, principalmente de carácter industrial o energético, tendrán la consideración de focos emisores de sustancias contaminantes a la atmósfera ⁴³.

La base imponible está constituida por las cantidades emitidas a la atmósfera de cada una de las sustancias contaminantes por una misma instalación o foco emisor durante el periodo impositivo correspondiente. Para la medición de estas cantidades se vuelve a establecer un régimen de determinación objetiva donde la norma legal se limita a prever los criterios básicos para su aplicación. Así, la ley aragonesa trató de descifrar los elementos esenciales del régimen de determinación objetiva en vía legal, a saber:

- Estableciendo la voluntariedad del régimen cuantificador de conformidad con la previsión general acogida en nuestra LGT.
- Con una remisión expresa al desarrollo reglamentario de la configuración de los índices como medios de determinación de la base imponible dentro del régimen de determinación objetiva. No obstante, la ley aragonesa establece a título de ejemplo algunos de los índices a que se podrá acudir. En particular, se mencionan el contenido potencial de efecto contaminante o daño medioambiental del combustible o materiales empleados como el derivado de los elementos resultantes de los procesos productivos y del grado de actividad de la instalación.
- Y requiriendo que se tomase en cuenta el carácter y finalidad extrafiscal implícita en el impuesto para la configuración de los índices.

5.2. *La modificación de la normativa inicial y el desarrollo reglamentario*

La Ley aragonesa 19/2006, de 29 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Comunidad de Aragón modificó parcialmente la anterior Ley 13/2005 para, de algún modo, habilitar nuevas posibilidades en la configuración de un régimen de determinación objetiva con relación al impuesto sobre el daño ambiental causado por la emisión de gases a la atmósfera. Esta ley seguía refiriéndose al

⁴² Respecto a las emisiones de dióxido de carbono se repiten parte de los supuestos de no sujeción contenidos en el impuesto andaluz sobre emisiones de gases a la atmósfera, declarándose no sujetas las emisiones de CO₂ procedentes de la combustión de biomasa, biocombustible o biocombustible, así como las realizadas desde instalaciones sujetas al régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero que constituyan emisiones en exceso respecto de las asignaciones individuales según su normativa reguladora, salvo el exceso que suponga incumplimiento de la obligación de entregar derechos de emisión conforme a dicha normativa. Sin embargo, a diferencia de la normativa andaluza, hay que considerar sujetas las emisiones de dióxido de carbono, aunque procedan de vertederos, que reciban más de 10 toneladas por día o que tengan una capacidad total de más de 25.000 toneladas, con exclusión de los vertederos de residuos inertes o de las instalaciones destinadas a la cría intensiva de aves de corral y de cerdos que dispongan de más de 40.000 emplazamientos si se trata de gallinas ponedoras o del número equivalente para otras orientaciones productivas de aves, 2.000 emplazamientos para cerdos de cría (de más de 30 kg) o 750 emplazamientos para cerdas.

⁴³ Véase la exposición de motivos de la Ley aragonesa 13/2005.

impuesto sobre el daño ambiental causado sobre la emisión de gases a la atmósfera. Parece obvio que esta fue una incorrección en la que ha incurrido el legislador y, como es lógico, la norma debería hacer referencia al impuesto sobre el daño ambiental causado «por» la emisión de gases a la atmósfera como de hecho así lo hace a lo largo del resto de su articulado. Pues bien la Ley 19/2006 abrió la posibilidad de que, dentro de los criterios para la aplicación del régimen, se pueda utilizar «el método de estimación objetiva para la determinación de la base imponible aplicando métodos normalizados o aceptados por el órgano medioambiental competente para la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero o para la declaración de las emisiones sujetas a la realización del Inventario Europeo de Emisiones Contaminantes»⁴⁴. De este tenor literal, colegimos que normativamente se podrían establecer regímenes de determinación objetiva que traigan causa en «métodos objetivos» aceptados por los órganos administrativos a que el precepto hace referencia. Pero en todo caso, nos parece necesario que los concretos métodos que se vayan a aplicar se lleven a la norma.

Este añadido trae su causa en la normativa europea que se ha establecido con relación a las emisiones de gases invernadero. En este sentido conviene mencionar, para las emisiones de compuestos oxigenados y nitrógeno, la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, posteriormente modificada por la Directiva 2004/101/CE, que establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, para fomentar la reducción eficaz y eficiente de las emisiones de estos gases y así ayudar a cumplir con los compromisos del Protocolo de Kyoto y la Decisión 2004/156/CE de la Comisión, de 29 de enero de 2004, que determina las directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero exigidos por la Directiva 2003/87/CE. La transposición de las Directivas 2003/87/CE y 2004/101/CE al ordenamiento jurídico español se ha realizado, en su mayor parte, a través de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. De otra parte, para las emisiones de dióxido de carbono, conviene tener en cuenta la Directiva 96/61/CEE, del Consejo, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación por la que el órgano autonómico competente debe presentar una declaración de las emisiones sujetas a la realización del Inventario Europeo de Emisiones Contaminantes (EPER)⁴⁵.

El Decreto del Gobierno de Aragón 1/2007, de 16 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo Parcial de la Ley 13/2005 acogió la aplicación de estos regímenes de determinación objetiva mencionados con el fin de «evitar duplicidades en los costosos sistemas de emisión de sustancias contaminantes». Los artículos 20 a 22 de este Decreto establecieron el desarrollo reglamentario del régimen de determinación objetiva. De este desarrollo reglamentario destacamos las siguientes características:

- 1.^a El régimen puede utilizarse voluntariamente en los supuestos en los que los focos emisores no disponen de los sistemas autorizados, costosos sistemas recordemos, de medición continua de emisiones. Antes del 30 de abril del año natural correspondiente debe presentarse

⁴⁴ Artículo 19 de la Ley aragonesa 19/2006 por el que se modifica el artículo 39.2 de la Ley aragonesa 13/2005.

⁴⁵ Véanse los artículos 21 y 22 del Decreto 1/2007 del Gobierno de Aragón, de 16 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo Parcial de la Ley 13/2005, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas en Materia de Tributos Cedidos y Tributos Propios de la Comunidad Autónoma de Aragón, para la aplicación de los Impuestos Medioambientales.

la correspondiente opción por el régimen o, en caso de inicio de actividad, la opción se tiene que efectuar en el momento en que se presenta la declaración censal del alta. La opción tiene un periodo mínimo de dos años lo que seguramente se justifique en razones de gestión del impuesto y, transcurrido ese plazo, se entiende prorrogada tácitamente para cada uno de los ejercicios siguientes salvo revocación. La incorporación de los sistemas de medición autorizados es una posible causa de exclusión del régimen.

- 2.^a Para el establecimiento de los índices se utilizarán métodos normalizados de la normativa comunitaria arriba mencionada. Además, para las emisiones de CO₂ se utilizarán las metodologías establecidas en los «Principios del seguimiento y notificación de emisiones» de la Ley estatal 1/2005 (anexo III) y los métodos normalizados de la normativa comunitaria arriba mencionada. De todos modos se dejaba en manos de una Orden del Consejero la fijación de las concretas magnitudes, índices, módulos o datos.
- 3.^a Como obligación formal añadida al régimen, las empresas contaminantes deberán aportar un informe emitido por un organismo de control en materia de contaminación atmosférica autorizado en Aragón, con la finalidad de validar la «estimación», determinación objetiva, realizada. Un informe que la Administración comprobará con los datos de que disponga en sus registros.

A pesar de la previsión legal sobre la posible utilización de la determinación objetiva para los otros impuestos medioambientales creados en Aragón (Impuesto sobre el daño medioambiental causado por la instalación de transportes por cable e Impuesto sobre daño medioambiental causado por las grandes áreas de venta)⁴⁶, sin embargo, el régimen de determinación objetiva solo se ha desarrollado, como en otras CCAA, con relación al impuesto que grava las emisiones de gases a la atmósfera⁴⁷.

5.3. La refundición de la legislación aragonesa sobre los impuestos medioambientales

Hace unos años entró en vigor el Decreto Legislativo aragonés 1/2007, de 18 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación sobre los impuestos medioambientales de la Comunidad Autónoma de Aragón. Esta refundición trae causa en la disposición final tercera de la Ley aragonesa 19/2006, de 29 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se autorizaba al Gobierno de Aragón para que, en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la ley, y a propuesta del consejero competente en materia de Hacienda, aprobase un texto refundido de la legislación sobre impuestos medioambientales de la Comunidad Autónoma de Aragón y procediese a su sistematización, regularización, aclaración y armonización. Con estas

⁴⁶ El artículo 39 de la Ley aragonesa 13/2005 se refiere a la determinación objetiva dentro de las disposiciones comunes aplicables a los impuestos medioambientales aragoneses, si bien por el tenor literal del precepto se dirige especialmente al impuesto que grava la emisión de gases a la atmósfera donde, precisamente, se ha desarrollado el régimen por la vía reglamentaria.

⁴⁷ ROZAS VALDÉS, VÁZQUEZ COBOS, APARICIO PÉREZ y ÁLVAREZ han destacado que la determinación directa se proclama en la Ley aragonesa como el método general de medición de la base imponible y se hace un llamamiento tan vago que sería fácilmente cuestionable la aprobación reglamentaria de métodos objetivos voluntarios, desde la perspectiva del principio de legalidad («Impuestos ecológicos...», ob. cit., pág. 568).

pautas, el texto refundido derogó diferentes disposiciones de las disposiciones normativas contempladas en la Ley 13/2005 y en la Ley 19/2006⁴⁸, siendo objeto de refundición en la nueva normativa.

La regulación del impuesto aragonés sobre el daño medioambiental causado por la emisión de contaminantes a la atmósfera, después de haber sido recientemente renumerada⁴⁹, se lleva a cabo en los artículos 7-14. Estos preceptos se integran dentro del Capítulo III del Título II del decreto legislativo, donde se regulan los «Tributos propios: impuestos medioambientales».

El artículo 26 del Decreto Legislativo 1/2007 acoge los criterios de aplicación de la determinación objetiva⁵⁰. Este precepto reproduce literalmente el contenido del anterior artículo 39 de la Ley aragonesa 13/2005 incluyendo el añadido, que hemos comentado en el apartado anterior, llevado a cabo a través de la Ley aragonesa 19/2006. En el artículo 26.2 del Decreto Legislativo 1/2007 se continúa haciendo alusión al impuesto sobre el daño ambiental causado «sobre» la emisión de gases a la atmósfera. Insistimos en que *de lege ferenda* sería deseable la corrección de este error en la terminología, puesto que debería referirse al impuesto sobre el daño ambiental causado «por» la emisión de gases a la atmósfera. Por lo demás, sirven todos los comentarios realizados en los anteriores apartados en la medida en que la normativa legal no se ha visto modificada y únicamente ha sido objeto de refundición expresa.

La Ley 8/2007, de 29 de diciembre, de ordenación económica, añadió un apartado 3 al actual artículo 26 del Texto actualizado de la Legislación sobre Impuestos Medioambientales de la Comunidad Autónoma de Aragón a tenor del cual: «No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, en el Impuesto sobre el Daño Medioambiental Causado por la Emisión de Contaminantes a la Atmósfera, los sujetos pasivos podrán adherirse voluntariamente a la estimación objetiva aun cuando las instalaciones emisoras dispongan de sistemas de medición continua de emisiones autorizados por el Departamento competente en materia de Medio Ambiente»⁵¹. En materia de gestión tributaria para facilitar la óptima aplicación de la determinación objetiva, se añadió un nuevo apartado 4 del actual artículo 26 del Texto actualizado de la Legislación sobre Impuestos Medioambientales de la Comunidad Autónoma de Aragón, de manera que, en relación con el Impuesto sobre el Daño Medioambiental Causado por la Emisión de Contaminantes a la Atmósfera, el departamento competente en materia de medio ambiente comprobará de oficio que las declaraciones realizadas por determinación objetiva se corresponden con la información obrante en los registros existentes en su ámbito competencial. Para ello podrá requerir del sujeto pasivo cuanta justificación documental considere necesaria para comprobar el cumplimiento de los parámetros de medida y requisitos de calidad de la estimación realizada, de acuerdo con los procedimientos que dicho departamento establezca, pudiendo requerir, si lo estima conveniente, la presentación de un informe emitido por un organismo de control en materia de contaminación atmosférica que se encuentre autorizado para actuar en el ámbi-

⁴⁸ En concreto la disposición derogatoria única.1 indica que se derogan: los artículos 8 a 53, la disposición transitoria primera y las disposiciones finales primera a cuarta de la Ley 13/2005, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas en materia de Tributos Cedidos y Tributos Propios de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como los artículos 13 a 26, la disposición transitoria única y las disposiciones finales primera y segunda de la Ley 19/2006, de 29 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁴⁹ Ley aragonesa 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁵⁰ El artículo 32 forma parte de las «Disposiciones comunes relativas a la obligación tributaria en los Impuestos Medioambientales». Tales disposiciones conforman el Capítulo V del Título II del Decreto Legislativo aragonés 1/2007.

⁵¹ Artículo 15 de la Ley 8/2007, de 29 de diciembre, de ordenación económica.

to de la Comunidad Autónoma de Aragón, o un informe emitido por entidad de reconocida solvencia técnica en la materia ⁵².

6. La opción de otras CCAA

Como apuntamos anteriormente, existen algunas CCAA que han optado por el establecimiento de tributos dentro de lo que se podría denominar «fiscalidad de la atmósfera» que, sin embargo, no han habilitado sistemas de determinación objetiva de las bases impositivas.

Un ejemplo lo encontramos en el canon murciano sobre emisión de gases a la atmósfera, hoy denominado impuesto por emisiones de gases contaminantes a la atmósfera. Este canon fue creado por la Ley 1/1995, de 8 de marzo, por la que se dictan normas reguladoras en materia de protección ambiental de la CA murciana en la que se aprobó el Canon por emisiones de gases a la atmósfera ⁵³. La norma ha sido objeto de una nueva redacción, en lo que ahora nos interesa, por la Ley 8/2004, de 28 de diciembre, de medidas administrativas, tributarias de tasas y de función pública. Con relación al mismo hay que destacar, hasta hace unos años, su falta de aplicación a pesar de su previsión legal ⁵⁴. En un primer momento la norma no tuvo desarrollo reglamentario. De ahí que sobre la regulación legal era posible al menos una doble valoración. La primera de signo positivo y la segunda de signo negativo:

- 1.º Siempre ha destacado que en la definición de la base imponible, como tributo medioambiental, se acuda a magnitudes de carácter ecológico. En este sentido se define la base imponible como la carga contaminante de las emisiones expresada en unidades de contaminación.
- 2.º Sin embargo, resultaba cuestionable el ámbito definido por la ley con respecto a ciertos elementos esenciales del tributo. Así, por ejemplo, con relación al hecho imponible, no se definía la emisión de qué sustancias contaminantes es la que resulta gravada. De manera que en la normativa inicial se incurrió en una deslegalización excesiva en el ámbito tributario que resulta del todo repudiable como técnica jurídica empleada por el legislador, en este caso autonómico. Así existía una remisión expresa en blanco al Reglamento para la fijación de los elementos de cuantificación (unidades de contaminación, valores y baremos de equivalencia). Posteriormente aquella referencia desapareció, lo que posiblemente hubiese conllevado la nulidad del eventual reglamento ⁵⁵, y ya no se indicaba «se fijarán regla-

⁵² Artículo 16 de la Ley 8/2007, de 29 de diciembre, de ordenación económica.

⁵³ En su redacción inicial la ley murciana hablaba de Impuesto por emisiones de gases contaminantes a la atmósfera.

⁵⁴ Así, anteriormente, se criticaba la falta de un desarrollo reglamentario desde el punto de vista de la aplicación adecuada del impuesto en la medida en que en sede legal se produce una indeterminación de buena parte de los elementos tributarios del canon murciano (vid. VAQUERA GARCÍA, A.: *Fiscalidad...*, ob. cit., pág. 399). BAENA AGUILAR ha puesto de relieve que la naturaleza jurídica de este canon responde básicamente a la del impuesto y que quizá el escaso eco que la figura ha despertado, desde el punto de vista doctrinal, se deba a la escasísima determinación de los elementos esenciales del tributo que hace la ley murciana y que, en lo que se refiere a los elementos cuantitativos, implica una vulneración del principio constitucional de reserva de ley que difícilmente se puede superar («Nuevos impuestos...», ob. cit., pág. 576). Véase, en el mismo sentido, ROZAS VALDÉS, J.A.; VÁZQUEZ COBOS, C.; APARICIO PÉREZ, A. y ÁLVAREZ, S.: «Impuestos ecológicos...», ob. cit., pág. 553.

⁵⁵ ROZAS VALDÉS, J.A.; VÁZQUEZ COBOS, C.; APARICIO PÉREZ, A. y ÁLVAREZ, S.: «Impuestos ecológicos...», ob. cit., pág. 553.

mentariamente». Esto provocó que, mientras no se llevó al texto legal la fijación de los elementos de cuantificación, como señalan ROZAS VALDÉS, VÁZQUEZ COBOS, APARICIO PÉREZ y ÁLVAREZ, el tributo fue de imposible aplicación ⁵⁶.

La Ley murciana 9/2005, de 29 de diciembre, solventó la situación, estableciendo que el hecho imponible del tributo está constituido por las emisiones a la atmósfera de los distintos contaminantes que se relacionan en la Directiva 2001/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2001 sobre techos nacionales de emisión de determinados contaminantes atmosféricos respecto a los contaminantes afectados, en concreto los establecidos en su artículo 4, siendo estos dióxido de azufre SO₂, óxidos de nitrógeno NOx, compuestos orgánicos volátiles (COV) y amoníaco NH₃. Constituye la base imponible la cuantía de carga contaminante de las emisiones gravadas que se realicen desde una misma instalación industrial durante el periodo impositivo. La cuantía de la carga contaminante viene determinada por la suma de las unidades contaminantes de todas las sustancias emitidas desde una misma instalación industrial. Las unidades contaminantes se obtienen como resultado de dividir la cantidad total de cada sustancia emitida en el periodo impositivo, expresada en toneladas/año, entre la cifra fijada para cada una de ellas como valor de referencia ⁵⁷.

Sin duda, el otro supuesto autonómico más característico, hablando propiamente de tributos medioambientales, es el impuesto extremeño sobre actividades que inciden en el medio ambiente. Inicialmente, la Ley 7/1997 estableció una normativa demasiado compleja para la determinación de la base imponible ⁵⁸. En esta norma, se indicaba, la base imponible de este impuesto estaba constituida por el valor productivo de los elementos patrimoniales a que se refería la definición legal del objeto del tributo y se entendía por valor productivo en el periodo tributario, la expresión estimativa de la participación de los elementos patrimoniales sujetos en la composición de los precios de fabricación o costes de producción de los bienes, incluida la energía, o de las actividades, obras y servicios, cuya generación determina el origen del hecho imponible (art. 7 de la Ley 7/1997). Para la determinación de la base imponible había que llevar a cabo la media aritmética de los siguientes conceptos:

- 1.º La capitalización al tipo del 40 por 100 del promedio de los ingresos brutos de explotación procedentes de la facturación del sujeto pasivo, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, durante los tres últimos ejercicios anteriores al devengo del impuesto. En este sentido, para llevar a cabo el promedio se establecen normativamente una serie de reglas de cálculo ⁵⁹.
- 2.º La producción bruta media de los tres últimos ejercicios expresada en kw/h multiplicado por el coeficiente 7 en el caso de energía de origen termonuclear o por el coeficiente 5 en el caso de tener otro origen. El resultado de tales operaciones se tiene que expresar en euros.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 553.

⁵⁷ Artículos 42 y 46 de la Ley murciana 9/2005.

⁵⁸ Con razón nuestra doctrina ha calificado el anterior sistema extremeño como complejo, incoherente y contradictorio. Véase ROZAS VALDÉS, J.A.; VÁZQUEZ COBOS, C.; APARICIO PÉREZ, A. y ÁLVAREZ, S.: «Impuestos ecológicos...», *ob. cit.*, pág. 563.

⁵⁹ Véase el artículo 8.1 B) y C) de la Ley extremeña 7/1997.

Podemos considerar que se trataba de una determinación directa en la medida en que no se basaba en la aplicación expresa de unos signos, índices o módulos. Si bien, se trataba de una determinación directa claramente objetivizada, puesto que el valor productivo (base imponible) se cifraba en una expresión estimativa de la participación de los elementos patrimoniales sujetos en la composición de los precios de fabricación o costes de producción de los bienes ⁶⁰.

La Ley 8/2005, de 27 de diciembre, de reforma en materia de tributos propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura simplificó la regulación del impuesto extremeño en cuanto a la base imponible y su determinación. Esta ley ha sido derogada y refundida en virtud del Decreto Legislativo 2/2006, de 12 de diciembre. En la regulación actual establece una normativa para la determinación de la base imponible para actividades relacionadas con los procesos de producción de energía eléctrica y la determinación de la base imponible para la actividad de transporte de energía eléctrica, telefonía y telemática. En el caso de las actividades relacionadas con los procesos de producción de energía eléctrica (actividades de producción, almacenaje o transformación de energía eléctrica), estará constituida por la producción bruta media de los tres últimos ejercicios expresada en kw/h. Para el supuesto de la actividad de transporte de energía eléctrica, telefonía y telemática (actividades de transporte de energía eléctrica, telefonía y telemática efectuada por los elementos fijos del suministro de energía eléctrica o de las redes de comunicaciones), la base imponible está constituida por la extensión de las estructuras fijas expresadas en kilómetros y en número de postes o antenas no conectadas entre sí por cables. En la «nueva» regulación de los elementos de cuantificación del impuesto extremeño la determinación de la base imponible se lleva a cabo a través de un régimen de determinación directa. Para la obtención de la cuota tributaria se aplican sobre la base imponible unas cantidades a tanto alzado, como tipo de gravamen, para obtener las cantidades que los sujetos pasivos deben ingresar. Comprobamos así que, a pesar de que no se ha acudido propiamente a un régimen de determinación objetiva, sí se han buscado fórmulas simplificadas de tributación.

III. LA DETERMINACIÓN OBJETIVA EN LOS CÁNONES DE SANEAMIENTO

1. Cuestiones previas

Los cánones de saneamiento ⁶¹, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, son impuestos que tienen por finalidad, en líneas generales, la depuración de nuestras aguas ⁶². A pesar de que no es una cuestión pacífica, su carácter impositivo se deriva de la regulación de la cuantificación que se establece en la normativa, dado que la exigencia de una determinada cuota tributaria no se vincula en la

⁶⁰ Artículo 7.2 de la derogada Ley extremeña 7/1997.

⁶¹ Desde una perspectiva práctica, se puede indicar que el canon de saneamiento es un tributo autonómico que tiene como contribuyente al usuario final y sustituto a la entidad suministradora que lo repercute en la correspondiente factura del agua. En la factura-tipo del agua (recibo del agua) hay que tener presente que se incorporan diferentes conceptos retributivos uno de los cuales es el canon de saneamiento, junto al que se encontrarían la cuota de consumo de agua y cuota de servicio, el canon de regulación, el canon de alcantarillado y el IVA [VÁZQUEZ COBOS, C.: «La fiscalidad de las aguas en España» en BUÑUEL GARCÍA, M. (dir.): *Tributación medioambiental...*, ob. cit., págs. 153 y 154].

⁶² Advierte BAENA AGUILAR que, en la imposición propia autonómica, el campo donde se ha alcanzado un mayor desarrollo es en el del agua («Nuevos impuestos...», ob. cit., pág. 575).

existencia de una actividad administrativa como podría ser que se lleve a cabo la depuración del agua, sino que se atiende al consumo de agua por parte de los sujetos pasivos ⁶³.

En estos cánones se da la peculiaridad de que siendo un servicio típicamente local, sin embargo ha sido la Administración autonómica la que ha cobrado protagonismo desde el punto de vista fiscal. Así, se han desarrollado estos cánones de saneamiento en detrimento de lo que podía ser un establecimiento de tasas locales referidas al particular ⁶⁴.

Con carácter general, en la cuantificación de estos tributos autonómicos se tiene en cuenta la cantidad de agua que obtiene el sujeto pasivo y se diferencia entre los usos que este le da, de modo que se puede comprobar como la base imponible se determina conforme al consumo de agua que lleva a cabo el sujeto pasivo que servirá para estimar las descargas realizadas, aunque para ciertos supuestos –por su naturaleza– se establece la posibilidad de una cuantificación directa de los vertidos efectuados (véase fundamentalmente en caso de usos industriales del agua) ⁶⁵.

Pues bien, como nota característica de la generalidad de los cánones de saneamiento para aquellas CCAA que han implantado este tributo propio podemos señalar que se ha habilitado la determinación objetiva como uno de los regímenes de determinación de la base imponible del impuesto ⁶⁶. Estas CCAA son las siguientes: Cataluña, Navarra, Baleares, Valencia, Galicia, Asturias, La Rioja, Aragón, Murcia, Cantabria y País Vasco ⁶⁷.

⁶³ Ello con independencia de que, como apunta VAQUERA GARCÍA, el objetivo final del tributo sea financiar el gasto que corresponde al tratamiento de las aguas residuales, lo que no supone o representa una actuación de la Administración (*Fiscalidad...*, ob. cit., pág. 359).

⁶⁴ De ahí que se haya sostenido que en el futuro sería deseable la adaptación del marco jurídico a la situación de hecho o viceversa, de modo que o las CCAA, establecidos los sistemas de saneamiento, entreguen la explotación al titular, o tome carta de naturaleza jurídica la titularidad autonómica sobre saneamiento en alta y no simplemente a título de derogación o subrogación. Este razonamiento ha llevado a concluir que por ello no tiene mucho sentido que la tarifa de un servicio de saneamiento, una vez que se ha establecido de forma completa, tenga el carácter de impuesto autonómico (FERNÁNDEZ PÉREZ, D.V.: «La equidad, requisito de calidad en un servicio de agua urbana», ponencia presentada al I Congreso sobre Gestión y Planificación de Aguas: «El agua a debate desde la Universidad. Por una nueva cultura del agua» celebrado en Zaragoza entre los días 14 y 18 de septiembre de 1998, extraído de la dirección URL: http://www.us.es/ciberico/archivos_acrobat/zaraponenfernand.pdf, págs. 3 y 4). Sobre la fundamentación de los cánones de saneamiento, recuerda CASTILLO LÓPEZ que son numerosas razones de naturaleza diversa las que sirven de justificación a los mismos, entre otras se podrían destacar razones de eficiencia económica, ventajas desde el punto de vista espacial y argumentos de tipo institucional («Los tributos ecológicos y el agua», *Impuestos*, Tomo II, 1998, pág. 422).

⁶⁵ *Ibidem*, págs. 359 y 360.

⁶⁶ En la actualidad el canon de saneamiento ha sido establecido en 13 CCAA. Véase ROZAS VALDÉS, J.A.; VÁZQUEZ COBOS, C.; APARICIO PÉREZ, A. y ÁLVAREZ, S.: «Impuestos ecológicos...», ob. cit., pág. 577.

⁶⁷ Como normas básicas hay que tener en cuenta las siguientes:

- En Cataluña: el Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido en materia de aguas.
- En Navarra: la Ley Foral 10/1988, de 29 de diciembre, de saneamiento de las aguas residuales y el Decreto Foral 82/1990, de 5 de abril, de desarrollo de la ley.
- En Baleares: la Ley 9/1991, de 27 de noviembre, por la que se establece y regula el canon de saneamiento y el Decreto 132/1995, de 12 de diciembre, y la Orden de 14 de diciembre de 1995 que desarrolla este decreto.
- En Valencia: la Ley 2/1992, de 8 de abril, por la que se regula la evacuación, tratamiento y reutilización de aguas residuales y el Decreto 266/1994, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de régimen económico-financiero y tributario, modificado por el Decreto 193/2001, de 18 de diciembre.
- En Galicia: la Ley 8/1993, de 23 de junio, reguladora de la Administración Hidráulica y el Decreto 8/1999, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Título IV de la Ley 8/1993, reguladora de la adminis-

La determinación objetiva se convierte en un régimen de determinación de la base imponible cuando existen, o pueden existir, ciertas dificultades desde el punto de vista técnico, motivadas por circunstancias fácticas, para llevar a cabo una determinación directa. De este modo, ocurre algo similar a lo que acaece en los impuestos autonómicos que gravan las emisiones de gases a la atmósfera.

Para observar la manera en que se ha articulado la cuantificación en estos tributos y llegar a conclusiones sobre la materia vamos a estudiar brevemente cuáles son las características de estos cánones de saneamiento que, como observamos, se han incluido como tributos propios en varias CCAA. El orden de estudio que mantendremos será el mismo orden cronológico en que se han sucedido los distintos cánones de saneamiento en nuestro país con el precedente originario del canon establecido en la comunidad catalana.

Hay que reconocer la posibilidad de una clasificación de los diferentes cánones de saneamiento a partir de los elementos cuantitativos destinados a medir el objeto imponible del tributo que se han elegido por el legislador en su establecimiento⁶⁸. En este sentido, HERRERA MOLINA propone una clasificación que distingue en función de los parámetros impositivos de los respectivos cánones —parámetro en sentido amplio de elemento de cuantificación—:

- 1.º Impuestos con parámetros complejos (canon de saneamiento valenciano, canon de saneamiento riojano y canon de saneamiento aragonés). En ellos se acudirá al volumen de agua consumida modulado por ciertos factores contaminantes que se aplican sobre la base imponible o sobre la cuota tributaria.
- 2.º Impuestos con parámetros alternativos (antiguo canon de saneamiento catalán e «incremento de la tarifa», canon de saneamiento gallego, canon de saneamiento asturiano y canon de saneamiento navarro). En la cuantificación se acogen a título principal y de modo alternativo, según los casos: el volumen de agua consumida o la carga contaminante.
- 3.º Impuestos con parámetros cumulativos (nuevo canon de saneamiento catalán). Vienen referidos al consumo de agua como base imponible impositiva, aplicándose una doble tarifa cumulativa que atiende al consumo y a la contaminación derivada del mismo⁶⁹.

tración hidráulica, relativo al canon de saneamiento. Hace relativamente poco tiempo, se ha aprobado en la Comunidad gallega la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de Aguas de Galicia.

- En Asturias: la Ley 1/1994, de 21 de febrero, sobre abastecimiento y saneamiento de aguas en el Principado de Asturias (LPAS 1994/38).
- En Murcia: la Ley 3/2000, de 12 de julio, de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales de la Región de Murcia e Implantación del Canon de Saneamiento y el Real Decreto 102/2002, de 14 de junio.
- En La Rioja: la Ley 5/2000, de 25 de octubre, de saneamiento y depuración de aguas y el Decreto 55/2001, de 21 de diciembre, por la que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 5/2000.
- En Aragón: la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua y el Decreto 266/2001, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento regulador del canon de saneamiento.
- En Cantabria: la Ley 2/2002, de 29 de abril, de Saneamiento y Depuración de las Aguas Residuales de la Comunidad Autónoma de Cantabria y el Decreto 11/2006, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Económico-Financiero del Canon de Saneamiento de Cantabria regula el régimen de determinación objetiva.
- En País Vasco: la Ley 1/2006, de 23 de junio, de aguas.

⁶⁸ En otra clasificación más amplia, con relación a los tributos que afectan al agua, se han incluido los cánones de saneamiento entre los tributos sobre las aguas con componente ambiental (VÁZQUEZ COBOS, C.: «La fiscalidad...», ob. cit., pág. 167).

⁶⁹ *Derecho...*, ob. cit., págs. 260-275.

Estos cánones se englobarían dentro de una clasificación más amplia, de acuerdo con HERREIRA MOLINA, en los «impuestos sobre el consumo por razón de los vertidos»⁷⁰. El canon de saneamiento balear encajaría, más bien, en la categoría de «impuesto sobre el consumo del agua» donde, asimismo, habría que añadir la práctica totalidad de los cánones autonómicos de saneamiento en cuanto gravamen de usos domésticos como una de las modalidades características de los mismos⁷¹.

Sin desconocer la utilidad que puede presentar un criterio clasificatorio como el mencionado en un estudio global de los cánones de saneamiento, en la medida en que nosotros llevamos a cabo un estudio parcial de los mismos estimamos el estudio cronológico como el adecuado para profundizar en la configuración de la determinación objetiva. Sobre todo, porque en cierta medida las regulaciones autonómicas han seguido la normativa de buena parte de aquellas que las antecedieron en el tiempo con ciertos matices que, apuntaremos y, resultan dignos de comentario expreso.

2. El precedente catalán

El actual canon de saneamiento catalán tiene su origen en el Incremento de Tarifa y en el Canon de Saneamiento de la comunidad catalana regulados por la Ley 5/1981, de 4 de junio, sobre desarrollo legislativo en materia de evacuación y tratamiento de aguas residuales de Cataluña. Su normativa reguladora, posteriormente, sería objeto de refundición a través del Decreto Legislativo 1/1988, de 28 de enero, que a su vez fue sustituido en la parte que se refería al «saneamiento» por la Ley 19/1991, de 7 de noviembre, de reforma de la Junta de Saneamiento, modificada en parte por la Ley 7/1994, de 18 de mayo. A día de hoy, su regulación se encuentra en el Decreto Legislativo catalán 3/2003, de 4 de noviembre, donde se ha refundido nuevamente la materia de aguas en la comunidad catalana.

El Decreto Legislativo 3/2003 configura unos regímenes de determinación de bases diferentes a los establecidos por la Ley 19/1991 y que habían merecido diversas críticas doctrinales⁷². En este sentido conviene recordar que esta norma establecía dos sistemas para la determinación de la base imponible:

- 1.º El primero se basaba en el cálculo del consumo de agua que se ha llevado a cabo y para ello se habilitaban dos regímenes de determinación: la determinación directa o la determinación objetiva.
- 2.º El segundo tomaba como punto de partida la medición de la carga contaminante efectuada⁷³.

Pues bien, ahora la norma es más coherente, desde la propia perspectiva de nuestra LGT, de modo que se establecen tres regímenes de determinación de la base imponible que está constituida

⁷⁰ Estos impuestos formarían parte de los tributos sobre el consumo por razón de los vertidos junto con la tarifa por la depuración de aguas de la CA de Madrid (tasas). *Ibidem*, págs. 258-260.

⁷¹ *Ibidem*, págs. 277, 278, 280 y 281.

⁷² *Ibidem*, pág. 364.

⁷³ Artículo 22 de la Ley 22/1991, de 7 de noviembre, de la Junta de Saneamiento.

por el volumen de agua consumido o, si no se conoce, por el volumen de agua estimado, expresado, en todo caso, en metros cúbicos (art. 67.1 del DLeg. 3/2003).

En primer lugar, se establece una preferencia en favor de la determinación directa mediante contadores homologados, de tal modo que, a tal efecto, los sujetos pasivos están obligados a instalar y mantener, a su cargo, un mecanismo de medición directa del volumen de agua efectivamente consumida [art. 67.5 a)]. Con carácter general, el decreto legislativo catalán prevé que la Administración puede imponer la instalación de dispositivos de control de caudal o de contaminación cuando haga falta para la planificación hidrológica y la consecución de objetivos de ahorro y de calidad del agua. En este caso, tienen que establecerse las medidas de fomento y las líneas de ayuda compensatorias (art. 67.8).

La determinación objetiva se regula para contribuyentes determinados genéricamente y tiene dos condicionantes que se establecen legalmente, a saber: que el régimen se establezca en atención al uso de agua que realizan y al volumen de captación que se determine y, de igual manera, conforme a las características y las circunstancias del aprovechamiento [art. 67.5 b)]. Se remiten al desarrollo reglamentario las fórmulas de cálculo de la base imponible del tributo. Sin embargo, en los casos de usos de agua para el abastecimiento a terceros, la base imponible, por determinación objetiva, se evalúa a partir de la siguiente fórmula: Volumen total usado = 500 litros/abonado/día × número de abonados. Esta regulación ha sido recientemente establecida en virtud de la modificación operada por la Ley catalana 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos ⁷⁴. Esta norma también ha eliminado el inciso anterior que señalaba que el régimen se establecía con carácter voluntario y los sujetos pasivos debían soportar los costes que se puedan derivar de la opción por el mismo (anterior art. 67.6 del DLeg. 3/2003).

La estimación indirecta se ampara para aquellos casos en los que la Administración no pueda determinar la base imponible por medio de ninguno de los sistemas de estimación anteriores a causa de alguno de estos hechos: a) el incumplimiento de la obligación de instalar aparatos de medición ⁷⁵; b) la falta de presentación de declaraciones exigibles, o insuficiencia o falsedad de las presentadas, c) la resistencia, la excusa o la negativa a la actuación inspectora; d) el incumplimiento sustancial de las obligaciones contables [art. 67.5 c)] ⁷⁶. En este procedimiento se obliga a la Administración tri-

⁷⁴ El Preámbulo de esta norma indica que las modificaciones de sus elementos cuantitativos se insertan en el marco europeo de actuación de la política del agua, sobre todo en el principio de recuperación de los costes de los servicios del ciclo del agua, que debe aplicarse de modo que incentive el uso eficiente del recurso, y, por lo tanto, contribuya a los objetivos medioambientales perseguidos.

⁷⁵ Antes de la modificación operada en virtud de la Ley catalana 5/2012 se matizaba que ello era así siempre que no se hubiese optado previamente por la determinación objetiva. La modificación parece coherente con la eliminación del anterior artículo 67.6 del Decreto Legislativo 3/2003 y el inciso agregado en el artículo 67.5 a) donde se ha incluido un párrafo que indica: «Si los usuarios de agua para el abastecimiento a terceros no optan expresamente por el sistema de estimación directa o no presentan los datos exigidos para que se pueda aplicar, se entiende que renuncian expresamente al mismo en favor de la estimación objetiva, a excepción de los casos de usuarios que utilicen más de 1 hectómetro cúbico anual de agua y de los que efectúen un suministro de agua en alta, en los que la base debe determinarse siempre por el sistema de estimación directa».

⁷⁶ Este artículo es conforme con lo previsto con carácter general para la estimación indirecta en el artículo 53.1 de la LGT. Como motivo específico que habilita la estimación indirecta en el canon catalán se establece el incumplimiento de la

butaria a tener en cuenta los signos, los índices o los módulos propios de cada actividad y, además, cualquier dato, circunstancia o antecedente del sujeto pasivo o de otros contribuyentes que pueda resultar indicativo del volumen de agua captada. Ello es acorde a lo dispuesto en los apartados a) y c) del artículo 53.3 de la LGT.

En lo que se refiere a la determinación objetiva, el sistema es desarrollado en el anexo 2 del texto refundido catalán en materia de aguas bajo la rúbrica «Fórmulas de determinación de la base imponible del tributo según el sistema de determinación objetiva». En el mismo podríamos distinguir distintos apartados:

- 1.º Se establece una fórmula matemática para la determinación del consumo mensual para las captaciones subterráneas que no tengan instalados dispositivos de medición directa de caudales de abastecimiento.
- 2.º Otra para los suministros mediante contratos de aforo, cuando el volumen de agua utilizada no pueda ser medido directamente.
- 3.º Por último, en los supuestos de recogida de aguas pluviales por los usuarios con la finalidad de utilizarlas en procesos productivos, la cantidad de agua por año a considerar es el equivalente al doble del volumen de los depósitos de recogida.

La verdadera medición de la carga contaminante va a quedar relegada a ciertos supuestos de usos industriales y asimilables, agrícolas y ganaderos del agua como, de modo similar, ya ocurría con la normativa anterior ⁷⁷. A estos efectos, se establece que la Agencia Catalana del Agua –sujeto activo de la obligación tributaria–, de oficio o a instancia del sujeto pasivo, aplicará un tipo de gravamen específico a cada usuario o usuaria industrial del agua según una de las modalidades siguientes:

- a) De acuerdo con un valor determinado con carácter general por el decreto legislativo para todos los usos industriales sobre el volumen de agua considerado.
- b) Según cantidades individuales, en función de la contaminación producida.

Precisamente, es este apartado b) el que se refiere a una determinación de la base tributaria en función de la contaminación vertida cuya aplicación queda en manos de la Administración tributaria y del sujeto pasivo del impuesto. Para la determinación de la cantidad de contaminación se establece un régimen de determinación directa de la carga contaminante, según la declaración de uso y contaminación del agua que el sujeto pasivo del tributo está obligado a presentar. Cuando la falta de presentación de esa declaración, su presentación incompleta o acreditadamente fraudulenta, no permitan a la Agencia Catalana del Agua disponer de todos los datos necesarios para la determinación del tipo

obligación de instalar aparatos de medición para aquellos supuestos en que no se ha optado por la determinación objetiva. Desde el punto de vista sancionador el artículo 77.4 g) del Decreto Legislativo 3/2003 califica como infracción: la falta de instalación de aparatos de medición para el cálculo de la base imponible según el sistema de estimación directa.

⁷⁷ VAQUERA GARCÍA, A.: *Fiscalidad...*, ob. cit., pág. 364.

específico establecido normativamente, este se fija de manera indirecta, pudiendo utilizar cualquier dato o antecedente relevante para determinarlo, o bien datos de otros establecimientos del sector al cual pertenezca el establecimiento.

De esta manera, para estos supuestos las posibilidades de determinación de la base imponible se ven reducidas a dos: determinación directa y estimación indirecta. No obstante, el hecho de que la facultad de medir la contaminación vertida a través de un régimen de determinación directa quede reducida al ámbito de ciertos usos del agua, principalmente usos industriales, cuando así lo consideren oportuno la Administración o el sujeto pasivo nos lleva a compartir que esta regulación de la cuantificación del impuesto desvirtúa en buena parte el objetivo ecológico que se predica del mismo ⁷⁸.

De ahí se derivan las acertadas críticas a la regulación autonómica de una parte de nuestra doctrina que han desvelado en la normativa ciertos aspectos que vincularían al canon catalán a móviles recaudatorios incorporando el factor de protección natural referido a ciertas unidades de contaminación y reduciéndose la eficacia positiva del impuesto en la vertiente ecológica ⁷⁹. El objeto fin del tributo y el objeto material del impuesto, siguiendo las enseñanzas del profesor FERREIRO, se podrían distinguir perfectamente. Así, se puede coincidir con la postura de PAGÈS I GALTÈS cuando distingue entre objeto-fin del gravamen (los beneficios de la actuación de saneamiento) y el objeto-material (el consumo del agua) ⁸⁰. Desde el punto de vista fáctico, mientras que el legislador ha pretendido gravar la contaminación producida por los vertidos que se realizan en el medio hídrico o, en concreto, los beneficios que se derivan de una necesaria actuación de saneamiento a causa de una actividad contaminante, realmente lo que se ha gravado es el consumo del agua lo que hace que quede en entredicho la calificación del impuesto como verdadero impuesto medioambiental o ecológico. Una característica que, como veremos en los apartados siguientes, no es exclusiva del impuesto catalán sino que, antes al contrario, ha sentado precedente en la regulación normativa establecida para el particular en el seno de otras CCAA que han establecido este canon de saneamiento como tributo autonómico propio ⁸¹.

A título general, en Cataluña podemos concluir que las normas en materia de cuantificación constituyen el principal motivo por el que no se pueda sostener que el canon sea realmente un tributo de finalidad medioambiental ⁸². La configuración legal de los regímenes de determinación de la base imponible, entre ellos la determinación objetiva, impide sostener esta posición. Ello a pesar de que el Decreto Legislativo catalán 3/2003 expresa que crea el canon de saneamiento del agua como ingreso específico del régimen económico-financiero de la Agencia Catalana del Agua, cuya naturaleza jurídica es la de impuesto con finalidad ecológica (art. 62.1).

⁷⁸ En esta línea se ha pronunciado VAQUERA GARCÍA ya con la anterior normativa autonómica (ibidem, pág. 364).

⁷⁹ Ibidem, pág. 365.

⁸⁰ PAGÈS I GALTÈS, J.: *Fiscalidad de las aguas*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pág. 366.

⁸¹ Ello ha llevado a sostener a GARCÍA NOVOA, ya con relación al canon de saneamiento gallego, que la pretendida prestación ecológica que se integra detrás del canon se ve frustrada en su finalidad a partir de la integración en el hecho imponible del consumo o utilización potencial o real de agua de cualquier procedencia («El canon de saneamiento de la Comunidad Autónoma gallega», *RDFHP*, n.º 241, 1996, pág. 594).

⁸² En palabras de VAQUERA GARCÍA, a grandes rasgos, la cuantificación ha impedido la finalidad de protección ambiental del tributo (*Fiscalidad...*, ob. cit., pág. 364).

3. Las demás regulaciones autonómicas

3.1. Navarra ⁸³

La calificación del canon de saneamiento navarro como tributo propiamente ambiental resulta, al igual que expusimos con relación al canon de saneamiento catalán, plenamente rechazable en la medida en que se vincula el consumo con la contaminación y es, precisamente, el consumo el determinante de la base imponible del impuesto ⁸⁴.

En este canon de saneamiento navarro se puede discutir que estemos o se ampare, propiamente, un régimen de determinación objetiva. Se ha habilitado que para ciertos supuestos se lleve a cabo una medición simplificada de los vertidos ⁸⁵. Esta medición se prevé para los supuestos en que el efluente es suficientemente regular, de modo que se puede proponer o aceptar que se proceda a una medición simplificada que implique un número reducido de toma de muestras y un aforamiento simple del caudal vertido, o bien una estimación a partir del caudal extraído según las modalidades que se establezcan. Para estos casos se establece una prevención y es que si cualquiera de las partes manifestara disconformidad con los resultados, se procederá a la medición completa ⁸⁶.

Detrás de esta normativa se esconden dos regímenes de determinación en la medida tomando como punto de partida el caudal extraído (en mayor o menor medida):

- 1.º Uno que podríamos calificar como determinación directa simplificada sobre la base de un número reducido de muestras.
- 2.º Otro que integraría una determinación objetiva sobre la base de una estimación a partir de ese caudal extraído ⁸⁷.

Un régimen de determinación objetiva también parece preverse en la normativa navarra cuando se refiere a la posible «estimación», si bien se remite a unas modalidades de establecimiento posteriores.

3.2. Baleares

En Baleares el canon de saneamiento sigue las líneas generales del canon catalán ⁸⁸. La exposición de motivos de la Ley 9/1991 ya adelanta que: «... Con carácter general, la base imponible se

⁸³ Téngase en cuenta que el canon navarro presenta una base compleja que se basa en el consumo de agua combinada con una base alternativa basada en el volumen de vertido (HERRERA MOLINA, P.M.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 271).

⁸⁴ En la misma línea se ha pronunciado VAQUERA GARCÍA (*Fiscalidad...*, ob. cit., pág. 366).

⁸⁵ Hay que tener en cuenta que el volumen de vertidos se determinará por regla general mediante «estimación» aunque se permite la medición directa en caso de que sean de aplicación índices correctores (ibidem, pág. 271).

⁸⁶ Artículo 18 del Decreto Foral 82/1990, de 5 de abril.

⁸⁷ Con carácter general, el artículo 20 del Decreto Foral 82/1990 establece que las estimaciones de consumo y grado de contaminación se realizarán atendiendo a los vertidos producidos por actividades o establecimientos similares.

⁸⁸ Vid. PAGÈS Y GALTÈS, J.: *Fiscalidad...*, ob. cit., pág. 113 y ss.

determina en régimen de estimación directa (art. 7), y únicamente para aquellos supuestos en los que, por inexistencia de contador o por no intervención de entidad suministradora, pueda resultar difícil la determinación de la base en régimen de estimación directa, se prevé un sistema de estimación objetiva singular, basado en los principios de igualdad, realidad, eficacia y simplicidad».

Con relación a la determinación objetiva el artículo 7.3 de esta ley balear prevé que la base imponible del impuesto se pueda determinar en régimen de determinación objetiva singular mediante la utilización de los signos, índices o módulos que se determinen reglamentariamente para los supuestos de captación directa.

La norma establece que en los supuestos de ingreso directo del canon de saneamiento por parte del consumidor la base imponible se determinará por el procedimiento de determinación objetiva singular, con aplicación de los signos, índices o módulos que se determinen reglamentariamente, en base a los principios de realidad, eficacia y simplicidad, de manera que se garantice la igualdad entre todos los contribuyentes (párrafo 3.º del art. 12 de la Ley 9/1991) ⁸⁹.

Como desarrollo reglamentario, el Decreto 132/1995 prevé que la base imponible (integrada por el agua consumida medida en metros cúbicos) se determinará por determinación objetiva en los casos de captaciones superficiales o subterráneas de agua no medida por contador. Ello en tanto que tal elemento de cuantificación se determina en régimen de determinación directa mediante contadores u otros procedimientos de medida.

Pero en la cuantificación del tributo balear la determinación objetiva presenta cierta especialidad. El motivo es que el tributo es variable pero la cuota tiene como particularidad que está integrada por la suma de dos cuotas que funcionan como cuotas parciales o subcuotas ⁹⁰.

La cuota fija resulta de aplicar las tarifas previstas legalmente a los respectivos elementos tributarios, con una distinción según se trate de tarifa doméstica o industrial. La tarifa doméstica consiste en una cantidad de pesetas por vivienda y la tarifa industrial se establece en función del número y categoría de las plazas hoteleras, el tipo de establecimiento dedicado a la restauración y el calibre del contador (arts. 7 y 8.3 de la ley balear) ⁹¹.

Pues bien, conforme a tal sistema de cuantificación global del tributo autonómico la determinación objetiva, de modo coherente a la estructura del impuesto, solo va referida a la parte de la cuota tributaria variable. En la determinación objetiva del tributo se distinguen dos hipótesis:

- 1.^a En el caso de captaciones superficiales o subterráneas que carezcan de contador o que teniendo no se halle en funcionamiento, el consumo, a efectos de la aplicación de la cuota varia-

⁸⁹ La norma establece que se entiende que el consumidor no obtiene el agua de ninguna empresa suministradora o transportista, debiendo proceder al ingreso directo que se fija en el reglamento de desarrollo cuando el consumidor no está conectado a la red de abastecimiento de aguas y no aporta las facturas con la correspondiente repercusión del canon de saneamiento, si afirma recibirla de algún particular o transportista (art. 12, párrafos primero y segundo de la Ley 9/1991).

⁹⁰ PAGÉS I GALTÉS, J.: *Fiscalidad...*, ob. cit., pág. 115.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 115.

ble del canon se determinará en función del volumen anual otorgado en la autorización o concesión administrativa de la explotación del alumbramiento de que se trate (art. 9.1 del Decreto 132/1995).

- 2.^a En supuestos de viviendas no conectadas a redes de suministro de agua y en las que no quede constancia de su contraprestación bien por haberse obtenido a través de captación propia, bien de forma gratuita, o por cualquier otra causa, el consumo de agua se estimará, con carácter mínimo, en diez metros cúbicos mensuales por vivienda (art. 9.3 del Decreto 132/1995). En este precepto se establecen unas normas específicas cuando se trate de establecimientos hoteleros, de modo que el consumo de agua se estimará atendiendo fundamentalmente al «número de estrellas» del hotel y, en función de este, determinándose –a modo de estimación– una cantidad de agua mensual consumida ⁹².

Como otra particularidad que se prevé en el impuesto vinculado a la simplificación tributaria y a la objetivización del mismo destaca la previsión de bonificaciones de carácter objetivo sobre la cuota tributaria ⁹³. No se vincula en concreto a la existencia de un régimen de determinación objetiva de la base imponible impositiva, sin embargo nos sirve para comprobar, una vez más, que la balanza a veces se declina del lado de la objetivización del impuesto, con carácter general, en beneficio de una mayor simplicidad y eficacia del sistema tributario.

3.3. Valencia

La CA valenciana sigue, asimismo, el modelo de la ley catalana. No obstante la configuración del régimen presenta ciertas especialidades que es preciso comentar. De este modo, la Ley 2/1992 reconoce una cuota tributaria variable establecida en función de una base imponible (referida al volumen de agua consumida ya sea por usos domésticos o industriales) y un tipo de gravamen que se determina, con carácter anual, en la Ley de Presupuestos de la Generalitat ⁹⁴.

No queda muy claro de la regulación establecida en la actualidad en la comunidad valenciana si podemos sostener la existencia de un verdadero régimen de determinación objetiva. Ello lo decimos básicamente por dos razones:

⁹² En concreto (art. 9.4 del Decreto 192/1995):

- Por cada plaza en establecimientos de cinco estrellas o categoría equiparable, el consumo de agua se estimará en diez metros cúbicos mensuales.
- Por cada plaza en establecimientos hoteleros de cuatro estrellas o categoría equiparable, el consumo se estimará en 7,5 metros cúbicos mensuales.
- Por cada plaza en establecimientos hoteleros de tres estrellas o categoría equiparable, el consumo se estimará en 5 metros cúbicos mensuales.
- Por cada plaza en establecimientos hoteleros de dos estrellas o categoría equiparable, el consumo se estimará en 3,75 metros cúbicos mensuales.
- Por cada plaza en establecimientos hoteleros de una estrella o categoría equiparable, el consumo se estimará en 2,5 metros cúbicos mensuales.

⁹³ Artículo 12 del Decreto balear 132/1995.

⁹⁴ Artículos 20.2 y 22-24 de la Ley valenciana 2/1992.

- 1.º En primer lugar, porque en la Ley 2/1992 no se hace referencia de modo expreso a la determinación objetiva como uno de los regímenes de determinación de la base imponible. En un primer momento se establecían ciertas previsiones, de modo que para los usos industriales se preveía que en los consumos industriales la carga contaminante podía determinarse de acuerdo con las tablas de contaminación por estimación aproximada que se aprueben para cada tipo de industria o ramo de actividad, atendiendo a los elementos físicos, químicos y biológicos que, previsiblemente, contengan sus aguas residuales, así como, en su caso, a la dimensión del establecimiento (art. 23.3 párrafo 1.º). Sin embargo esta posibilidad, ha sido eliminada a partir de la Ley 16/2003, de 17 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana.

Para la determinación del canon en los abastecimientos de agua no medidos por contador ni facturados por empresas o entidades suministradoras, procedentes de aguas subterráneas, superficiales, instalaciones de recogida de pluviales o similares, se evaluará el caudal en función del consumo doméstico o del ramo de actividad industrial, y, en su caso, de la dimensión de la empresa, de acuerdo con la fórmula o fórmulas que con este fin se hayan aprobado (art. 24) ⁹⁵.

- 2.º De otra parte, el decreto inicial de desarrollo de la Ley 1/1992, el Decreto 266/1994, en lo que se refiere al desarrollo del régimen económico-financiero y tributario del canon de saneamiento preveía en su artículo 10 un tratamiento especial de lo que se denominaba «estimación objetiva». No obstante, esta regulación ha sido modificada a través del Decreto 193/2001. En lo que ahora nos interesa esta norma reglamentaria de desarrollo ha derogado el mentado artículo 10 lo que podría inducir a alguna confusión a la hora de reconocer la existencia de un régimen de determinación objetiva de la base imponible.

Ahora bien, el nuevo artículo 9.3 del decreto viene a acoger un verdadero régimen de determinación objetiva. De hecho, la práctica totalidad de las fórmulas matemáticas para la determinación objetiva de los consumos han sido integradas en la nueva redacción del precepto. Por ello, entendemos que lo coherente es sostener que nos hallamos ante un verdadero régimen de determinación objetiva pese a que la normativa del impuesto únicamente hable de «estimación» del volumen de agua consumida (tanto en usos domésticos como industriales) como integrante de la base imponible del impuesto ⁹⁶.

Si bien es cierto que las exigencias del principio de reserva de ley, recordemos, imponen la necesidad del establecimiento de los regímenes de determinación de la base imponible que se pueden emplear. La ley valenciana no hace una mención expresa en este sentido, por lo que en aras de una mayor claridad en la redacción de la norma, creemos que lo pertinente sería una regulación similar a la establecida en la actualidad en la comunidad catalana con expreso reconocimiento de los regímenes que se pueden utilizar en la determinación de la base impositiva. Sobre todo, porque obser-

⁹⁵ Ahora bien, el segundo inciso del precepto posibilita que, de oficio o a petición del usuario, se pueda implantar a su cargo un sistema de medida directa de caudales por contador.

⁹⁶ En esta línea se ha sostenido que «[L]a determinación de la base imponible se efectúa en régimen de estimación directa cuando el consumo se mida por contador o por otros procedimientos de medidas similares, y cuando esto no sea posible, la base imponible la estimará por el método de estimación objetiva» (CUSSAC CRESPO, R.: «El canon de saneamiento de la Comunidad Valenciana», *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, n.º 20, 1997, pág. 334).

vamos como en ocasiones el legislador establece regímenes de determinación directa claramente objetivizados, de ahí que para llegar a conclusiones certeras sobre si estamos en presencia de un verdadero régimen de determinación objetiva consideramos conveniente que la norma se ampare en lo previsto, con carácter general, por nuestra LGT. La interpretación puede no ser unívoca y la aclaración del legislador otorga claridad y una mejor comprensión de la regulación particular.

Por lo demás, las especialidades que acoge la determinación objetiva que se prevé en la normativa valenciana no presentan demasiadas novedades con relación a lo visto hasta estos momentos. La determinación objetiva se prevé en relación con los usos domésticos a partir de ciertas magnitudes, de modo que la ficción toma como base un número de litros diario por habitante de cada vivienda (200 litros a tenor del art. 9.3 del Decreto 266/1994 tras su última modificación). Para el resto de supuestos se establecen una serie de fórmulas matemáticas donde según el concreto supuesto a que se refieren tienen en cuenta unos determinados «signos» que se vinculan, en definitiva, al consumo de agua efectuado ⁹⁷.

3.4. Galicia

El canon de la CA gallega es otro ejemplo de canon de saneamiento en el que se ha previsto la determinación objetiva de la base imponible. A diferencia de lo que ocurre en la ley valenciana, la Ley gallega 8/1993 define la base imponible y los regímenes de determinación de la misma. A similitud de todas las regulaciones autonómicas la base imponible se integra, en general, por el volumen de agua utilizada o consumida. Sin embargo, a título de excepción frente a esta regla general, se prevé que cuando la Administración, de oficio o a instancia del sujeto pasivo, opte por la determinación por medida directa o por determinación objetiva singular de la carga contaminante, la base consistirá en la contaminación efectivamente producida o estimada expresada en unidades de contaminación (art. 39.1).

En concreto la determinación objetiva se prevé para dos supuestos:

- 1.º Captaciones superficiales o subterráneas de agua no medida por contador.
- 2.º Cuando la base imponible consista en la carga contaminante del vertido y la misma no fuese objeto de medida directa particularizada ⁹⁸.

El desarrollo reglamentario de la ley, llevado a cabo a través del Decreto 8/1999, confirma estos dos regímenes de determinación de la base estableciendo la determinación directa como régimen de carácter general y restringiendo la aplicación de la determinación objetiva a los supuestos mencionados (art. 8 del Decreto 8/1999). De modo coherente, se acude a unas fórmulas matemáticas para la concreción del volumen de agua en régimen de determinación objetiva (art. 9 del Decreto 8/1999). En las captaciones de aguas superficiales o subterráneas que no hayan instalado dispositivos de medida de

⁹⁷ Téngase presente una vez más que ese consumo constituye el objeto-material del impuesto, lo cual se puede diferenciar perfectamente de su objeto-fin, en la medida en que este canon, al igual que sucede con la generalidad de los mismos y ya expusimos con relación al modelo catalán, pretende gravar los beneficios derivados de la actuación administrativa de saneamiento que se lleva a cabo. Véase PAGÈS Y GALTÈS, J.: *Fiscalidad...*, ob. cit., pág. 130.

⁹⁸ Artículo 39.3 de la Ley 8/1993.

caudales y que hayan sido objeto de concesión o resolución administrativa, la base imponible trimestral será el resultado de dividir por cuatro el caudal anual máximo objeto de concesión. En el caso de captaciones subterráneas que no hayan instalado dispositivos de medida directa de caudales, y no fueran objeto de concesión ni de resolución administrativa, el consumo mensual, a efectos de la aplicación del canon, se evalúa en función de la potencia nominal del grupo elevador mediante una fórmula específica⁹⁹. En el caso de aprovechamiento de aguas pluviales, o de aguas superficiales que no hayan instalado dispositivos de medida de caudales ni fueran objeto de concesión o resolución administrativa, en los cuales la distribución de agua se produzca mediante bombeo, la base imponible mensual se determinará por aplicación de otra fórmula en la que también se toma en cuenta la potencia nominal del grupo o grupos elevadores¹⁰⁰. Si, en este último caso, la distribución de agua se produce por gravedad a través de una o varias conducciones, la base imponible trimestral se determinará a través de una fórmula específica que tiene en cuenta la capacidad hidráulica máxima de la conducción¹⁰¹.

GARCÍA NOVOA criticó, en su día, el problema que planteaba la regulación de la determinación objetiva en la Ley gallega, al dejar un amplio margen de desarrollo reglamentario en lo que se refería a la concreción del régimen. En este sentido, se ponía de relieve que la ley únicamente apuntaba hacia un régimen de estimación objetiva singular, por lo que había que desechar fórmulas globales de «forfetización» en cuanto serían integrantes de estimaciones globales. Sin embargo, no se aclaraba en sede legal si el régimen habría de tomar como base índices o signos externos o mecanismos *a forfait*¹⁰².

Con independencia de lo fundadas que resulten las objeciones doctrinales en este sentido¹⁰³, en la actualidad esta opción del legislador es acorde con la que también se ha amparado en la LGT. Así, deberíamos recordar ahora que el legislador tributario ha previsto, con carácter general, la determinación objetiva como régimen de determinación de bases tributarias, a partir de signos, datos, módulos o magnitudes pero sin concretar la referencia a un régimen basado en signos internos o externos a la materia imponible de los tributos. De ahí, que podría acogerse aquí un punto de apoyo a la opción del legislador gallego en particular, y del legislador tributario en general, cuando ha regulado la determinación objetiva como régimen. Sin embargo, estamos ante una cuestión que resultaría más conveniente analizar, aunque excede del objeto del presente estudio, dentro del marco de un enjuiciamiento del régimen de determinación objetiva desde la perspectiva de los principios de justicia tributaria y, en especial, del principio de reserva de ley.

Las críticas, en esta línea, se han repetido y dirigido frente al canon gallego insistiendo en la amplia discrecionalidad que la Ley gallega venía a conceder a la Administración en cuanto a la facul-

⁹⁹ El grupo de elevación del agua elevador es un sistema tecnológico, de variable tipología y complejidad, que permite su captación. La fórmula establecida es la siguiente: $Q = 25.000 \times P/h + 20$ («Q» es el consumo mensual facturable expresado en metros cúbicos; «P» es la potencia nominal del grupo o grupos elevadores expresada en kilovatios; y «h» es la profundidad dinámica media del acuífero en la zona considerada, expresada en metros).

¹⁰⁰ La fórmula para estos supuestos será: $Q = 25.000 \times P/20$ («Q» es el consumo mensual facturable expresado en metros cúbicos; «P» es la potencia nominal del grupo o grupos elevadores expresada en kilovatios).

¹⁰¹ En este caso debe realizarse la operación: $Q = 454 \times Q_m$ (siendo «Q» el consumo trimestral facturable expresado en metros cúbicos y «Qm» la capacidad hidráulica máxima de la conducción expresada en metros cúbicos por hora).

¹⁰² GARCÍA NOVOA, C.: «El canon de saneamiento...», ob. cit., pág. 625.

¹⁰³ Otras dudas sobre la constitucionalidad del impuesto gallego se han referido a la problemática de que el mismo se pueda referir tanto a vertidos lícitos como ilícitos (HERRERA MOLINA, P.M.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 268).

tad de optar, asimismo, por una de las dos bases amparadas en el impuesto. Se ha sostenido que esta discrecionalidad pudiera resultar contraria al principio de proporcionalidad pero, ha indicado HERREIRA MOLINA, que el desarrollo reglamentario «*parece* limitar la discrecionalidad en sentido de permitir que el contribuyente opte en todo caso por tributar de acuerdo con la carga contaminante y permitir tan solo que la Administración *imponga* la tributación de acuerdo con la carga contaminante cuando la cuota resultante de dicha medición sea superior a la que se deduzca de la determinación del canon por volumen de agua utilizado»¹⁰⁴. En cualquier caso, la delimitación de aspectos básicos del régimen en favor de evitar dudas interpretativas o que la interpretación no quede en manos de la Administración parece lo idóneo en ciertos supuestos como el presente.

Recientemente se ha aprobado en la comunidad gallega la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de Aguas de Galicia, pero su disposición transitoria segunda indica que mientras no se dicten las normas de desarrollo necesarias y hasta el momento del inicio de su efectiva aplicación, se continúa aplicando el canon de saneamiento creado por la Ley 8/1993. La nueva ley de aguas gallega ampara la determinación de la base del canon, con carácter general en régimen de estimación directa, mediante contadores homologados. Cuando no se disponga de un mecanismo de medición directa podrán acogerse a sistemas de estimación objetiva. La ley anticipa, en su artículo 48.3, que se entenderá que un usuario se acoge al sistema de estimación objetiva cuando una vez transcurridos seis meses desde la entrada en vigor del reglamento que desarrolle las previsiones de la ley en materia de tributos no disponga de mecanismo de medición.

3.5. Asturias¹⁰⁵

En Asturias también se han previsto regímenes de determinación objetiva dentro del canon de saneamiento. La regulación inicial contemplada en la ley, como la actual, seguía claramente el modelo catalán, de modo que la determinación objetiva aparecía prevista legalmente con una remisión reglamentaria en cuanto a los regímenes de determinación objetiva singular de la base imponible en supuestos de captaciones superficiales o subterráneas de aguas no medidas por contador, de instalaciones de recogida de aguas pluviales o de suministros mediante contrato de aforo. Y para los usos industriales que suponían la realización de vertidos con cargas contaminantes específicas, la base imponible se refería a la contaminación efectivamente producida o estimada, la cual se puede medir pero también calcular mediante determinación objetiva (arts. 16.1 y 2 de la Ley asturiana 1/1994, de 21 de febrero, de abastecimiento y saneamiento de aguas en el Principado de Asturias). En la actualidad, tras la nueva redacción del artículo 16 por virtud de la Ley 4/2000, de 30 de diciembre, se ha concretado un poco más el régimen de determinación objetiva de la base imponible en la ley.

En realidad se han llevado a la ley algunas previsiones que anteriormente se encontraban en el desarrollo reglamentario (Decreto 19/1998, de 23 de abril). Así se prevé que la determinación de la base imponible puede efectuarse en función del consumo del agua o de la carga contaminante (el volumen de agua consumido o estimado, expresado en metros cúbicos). En el primer caso, en los

¹⁰⁴ Ibidem, pág. 268.

¹⁰⁵ En desarrollo del canon de saneamiento asturiano, véase PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: «El canon de saneamiento del Principado de Asturias», *IF*, n.º 49, 2002, págs. 91-124.

supuestos de captaciones subterráneas para usos domésticos o industriales que no tengan en funcionamiento dispositivos de aforo directo de caudales de suministro, el consumo mensual a efectos de la aplicación del canon, quedará determinado por la cantidad que resulte de dividir entre 12 el total otorgado en la autorización o concesión administrativa del aprovechamiento. Pero en el caso de que la autorización o concesión administrativa no señale el volumen total autorizado, el consumo mensual se estima en función de la potencia nominal del grupo elevador mediante una fórmula matemática. Sería este último un régimen de determinación objetiva. Además, en caso de usos industriales que supongan la realización de vertidos con cargas contaminantes específicas ¹⁰⁶, la base imponible consiste en la contaminación efectivamente producida o estimada, expresada en metros cúbicos de agua vertida, mediante medición directa o mediante determinación objetiva. La base imponible se establecerá en el régimen de determinación objetiva, en la forma que reglamentariamente se establezca, en razón de:

- 1.º Los vertidos producidos por grupos de actividades o establecimientos similares en función del consumo de materias primas o de la producción de fabricados de cada instalación industrial.
- 2.º Los datos que figuren en la autorización de vertido o los reflejados en la documentación técnica de la actividad industrial contenida en los correspondientes expedientes administrativos (art. 16 sexies de la Ley asturiana 1/1994) ¹⁰⁷.

Se ha incorporado en este apartado, nuevamente, la regulación que se contenía en el desarrollo reglamentario a la ley ¹⁰⁸. De este modo, el régimen de determinación objetiva presenta una regulación extensa del régimen en la ley y no en el reglamento, lo que nos merece una valoración positiva del canon asturiano y que se debería seguir en buena parte de las regulaciones en las que elementos esenciales del régimen quedan en manos del desarrollo reglamentario.

3.6. La Rioja

La CA de La Rioja alude, asimismo, a una posible «estimación» de la base impositiva del canon de saneamiento en los casos de captaciones que no tengan instalados dispositivos de aforo directo de caudales de suministro o que, teniéndolos, no se hallen en funcionamiento, a los efectos de la aplicación del canon. Para estos supuestos se establece normativamente una cantidad estimada en función de la cantidad otorgada a la autorización o concesión administrativa. En defecto de esta autorización o concesión hay que aplicar unas fórmulas matemáticas. En este sentido, se distingue según se trate de captaciones con o sin elevadores o si se trata de suministros efectuados en virtud de contratos de aforo (art. 39.1 y 2 de la Ley 5/2000).

Aun cuando la norma no se refiere a la estimación/determinación objetiva como régimen de determinación de la base del impuesto riojano, no cabe duda de que la norma ha acogido un verda-

¹⁰⁶ Hay que tener en cuenta que, conforme al artículo 16 ter de la Ley asturiana 1/1994.

¹⁰⁷ Más extensamente en cuanto a la cuantificación del canon, véase PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: «El canon de saneamiento...», ob. cit., págs. 107-111.

¹⁰⁸ Artículo 27 del Decreto 19/1998, de 23 de abril.

dero régimen de determinación objetiva de la base imponible detrás de lo que el legislador ha denominado «estimación de la base imponible».

Así lo ha corroborado el desarrollo reglamentario de la ley riojana, instrumentado en virtud del Decreto 55/2001, donde se acogen expresamente como regímenes de determinación de la base imponible: la determinación directa (como régimen general) y la determinación objetiva (los supuestos de consumo de agua no suministrada por terceros). No obstante, el sujeto pasivo podrá renunciar a la aplicación de este último régimen siempre que disponga de sistemas de medición homologados (art. 26 del decreto). De modo subsidiario, como ocurre en la generalidad de las normativas autonómicas aparece mencionada la estimación indirecta que nosotros cuestionamos como verdadero régimen de determinación de bases.

La determinación objetiva, siguiendo las previsiones de la LGT, se configura como un régimen voluntario al que el sujeto pasivo puede renunciar en tiempo y forma ¹⁰⁹. Las características de la renuncia que se ha previsto en la normativa riojana son similares a los previstos en la actual normativa del IRPF. De este modo los caracteres esenciales de la renuncia son los siguientes:

- La renuncia debe efectuarse en el mes de diciembre anterior al comienzo del año natural.
- Los efectos de la renuncia se producen en el primer periodo de liquidación siguiente a aquel en que la misma se presenta y se prolongan durante un periodo mínimo de tres años, entendiéndose prorrogada tácitamente en cada uno de los años siguientes, salvo que el sujeto pasivo la revoque en el plazo previsto para la renuncia ¹¹⁰.

Observamos a partir de ello como la determinación objetiva en todas las CCAA, en que se ha previsto este régimen para determinar la base de los cánones de saneamiento, siempre se configura como un régimen voluntario tal y como se marca la directriz en nuestra LGT. El régimen es voluntario lo cual es acorde a su naturaleza y fundamentación. Si bien para ciertos supuestos, como sucede en La Rioja, se ha previsto una renuncia expresa al régimen de características similares a las contempladas en la normativa de renta. Y ello ya no es una nota común en todas las normativas autonómicas. Se podrían repetir aquí los interrogantes sobre esta opción legislativa.

3.7. Aragón

En Aragón la Ley 6/2001 alude a la determinación objetiva como uno de los regímenes para la determinación de la base imponible del canon autonómico, tanto en los usos domésticos como industriales ¹¹¹.

¹⁰⁹ El artículo 26.2 del Decreto riojano 55/2001 dispone que: «El régimen de estimación objetiva se aplicará en los supuestos de consumo de agua no suministrada por terceros. No obstante, el sujeto pasivo podrá renunciar a la aplicación de este régimen siempre que disponga de sistemas de medición homologados».

¹¹⁰ Artículo 28.2 y 3 del Decreto riojano 55/2001.

¹¹¹ En usos domésticos, cuando la base imponible (volumen de agua consumido o estimado) no sea susceptible de medirse con contador. En usos industriales se prevé una estimación de la contaminación producida a partir de determinación directa u objetiva (arts. 54.1 y 56.2 de la Ley 6/2001).

Nuevamente es la vía reglamentaria, a través del Decreto autonómico 266/2001, la que concreta las fórmulas de determinación objetiva a utilizar en cada caso. Para los usos domésticos se prevé una estimación de litros consumidos por día. En los supuestos de aprovechamientos de aguas superficiales, subterráneas o pluviales no medidos por contador, mediante determinación objetiva a través de la aplicación, en cada caso, de ciertas fórmulas de base matemática que el propio decreto establece ¹¹². Hay que destacar que este decreto ha sido modificado a través del Decreto aragonés 206/2008, de 21 de octubre. A través del mismo, según indica su exposición de motivos, se introducen mejoras técnicas referidas, entre otros aspectos, a los supuestos en que es utilizable la determinación objetiva para la determinación de los caudales consumidos por instalaciones de hostelería en caso de entidades suministradoras que carecen de contador. Además, la simplificación en las obligaciones de los sujetos pasivos y en la gestión del impuesto se logra fundamentalmente extendiendo el ámbito de aplicación del régimen objetivo en la determinación de la carga contaminante de los usos industriales.

3.8. Murcia

La regulación murciana ha seguido el modelo que se ha desarrollado en las normativas que anteriormente hemos comentado. De esta manera, La Ley murciana 3/2003 prevé que cuando el consumo de agua no sea susceptible de medirse por determinación directa, la base imponible se determinará por determinación objetiva. En particular, para la determinación del canon en los abastecimientos de agua no medidos por contador ni facturados por empresas o entidades suministradoras, procedentes de aguas subterráneas, superficiales, instalaciones de recogida de pluviales o similares, se evaluará el caudal en función del consumo doméstico, y para el caso de consumo no doméstico se evaluará el caudal en función del ramo de actividad y de la dimensión del usuario, de acuerdo con la fórmula o fórmulas que reglamentariamente se establezcan. No obstante, de oficio o a petición del usuario, se podrá implantar a su cargo un sistema de medida directa de caudales por contador (art. 27).

El desarrollo reglamentario contemplado en el Decreto 306/2007, de 19 de octubre, que aprueba el Reglamento del Canon de Saneamiento de la Región de Murcia ¹¹³, sigue el esquema, que podríamos decir que ya se ha generalizado en nuestras normativas autonómicas—cuanto menos para determinados usos del agua—, previendo este régimen a través de la aplicación de las correspondientes magnitudes y fórmulas matemáticas, para los siguientes supuestos:

- En las captaciones de aguas superficiales o subterráneas que no tengan instalados dispositivos de medida directa de caudales y no fueran objeto de concesión ni de autorización administrativa, el consumo mensual, a efectos de la aplicación del canon, se evaluará en función de la potencia nominal del grupo elevador mediante una fórmula matemática. En las captaciones de aguas superficiales o subterráneas que no tengan instalados dispositivos de medida de caudales y que hayan sido objeto de concesión o autorización administrativa, la base imponible mensual será el resultado de dividir por 12 el caudal anual máximo objeto de concesión o autorización (art. 8.2 y 3 del reglamento).

¹¹² Artículo 15 del Decreto 266/2001.

¹¹³ La STSJ de Murcia núm. 733/2005, de 27 de octubre, anuló el anterior desarrollo reglamentario contemplado en el Decreto 102/2002, de 14 de junio. Véase el FJ 4.º de la STSJ de Murcia núm. 733/2005, de 27 de octubre (JUR 2007/5300).

- Aprovechamiento de aguas pluviales, o de aguas superficiales que no tengan instalados dispositivos de medida de caudales ni sean objeto de concesión o autorización administrativa, en los que la distribución de agua se produzca mediante bombeo o a través de conducciones (art. 8.4 del reglamento).

3.9. Cantabria y País Vasco

También Cantabria y País Vasco han previsto la determinación objetiva como régimen de determinación de la base imponible dentro de sus respectivos cánones de saneamiento. La normativa cántabra coincide sustancialmente con el modelo seguido en la generalidad de las comunidades ¹¹⁴. Asimismo, la Ley de Aguas del País Vasco ha previsto la determinación objetiva para los casos de inexistencia de un mecanismo de medición directa, con la previsión de un régimen voluntario sobre la base del uso del agua que se realice, el volumen de captación, y teniendo en cuenta las características y las circunstancias del aprovechamiento ¹¹⁵.

4. La realidad actual

La mayoría de las CCAA que han establecido cánones de saneamiento han seguido el modelo que se estableció, en su día, por Cataluña. De este modo, en la generalidad de las CCAA en las que se ha regulado un canon de saneamiento como tributo propio se ha acudido a una determinación de la base imponible sobre el consumo de agua que llevan a cabo los sujetos pasivos ¹¹⁶. E, igualmente, fuera de aquellos supuestos en que puede tener lugar una estimación indirecta, se establecen los dos verdaderos regímenes de determinación previstos en nuestra LGT: la determinación directa y la determinación objetiva ¹¹⁷. Desde el punto de vista de la cuantificación existen disparidades en la estructura de los diferentes cánones de saneamiento según se hable de usos domésticos o industriales ¹¹⁸. Así, mientras que en los usos domésticos la cuota tributaria se suele calcular multiplicando el consumo de

¹¹⁴ El artículo 8 del Decreto 11/2006, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Económico-Financiero del Canon de Saneamiento de Cantabria regula el régimen de determinación objetiva.

¹¹⁵ Artículo 49.2 b) de la Ley vasca 1/2006, de 23 de junio, de aguas. El régimen se ha desarrollado en el artículo 14 del Decreto vasco 181/2008, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Económico-Financiero del Canon del Agua.

¹¹⁶ Las voces que se han alzado solicitando cánones similares para otras CCAA no han sido pocas. Sobre este particular, se puede observar el trabajo de CASTILLO LÓPEZ, J.M.: «Un canon de saneamiento y depuración de aguas residuales para Andalucía», *Medio Ambiente y Derecho*, n.º 2, 1999, extraído vía electrónica de la dirección URL: <http://www.cica.es/aliens/gimadus/JOR-CA-3.html>. En el mismo se trata de justificar la idoneidad en el establecimiento de un canon de saneamiento para la comunidad andaluza proponiendo una regulación básica del mismo. Como extensión de este artículo, puede verse CASTILLO LÓPEZ, J.M.: *La reforma fiscal ecológica*, Granada, Comares, 1998, págs. 287-311.

¹¹⁷ Con carácter general se puede sostener el gravamen real del consumo de agua pese a que la finalidad impositiva se dirija a los vertidos en el medio hídrico.

¹¹⁸ Recordar que, como tónica común de las regulaciones autonómicas, se consideran usos domésticos los consumos de agua realizados en viviendas que den lugar a aguas residuales generadas principalmente por el metabolismo humano y las actividades domésticas, mientras que son usos no domésticos o industriales los consumos de agua no efectuados desde viviendas o realizados desde locales y establecimientos utilizados para efectuar cualquier actividad pecuaria, comercial o industrial o de servicios.

agua en metros cúbicos por el precio del metro cúbico establecido en la norma reguladora del tributo, para el caso de los usos industriales o no domésticos el cálculo de la cuota tiene en cuenta, normalmente, la carga contaminante derivada del vertido de la industria al medio hídrico receptor y se pueden diferenciar distintos criterios de cuantificación ¹¹⁹. Los regímenes de determinación objetiva han alcanzado ambos usos, aunque con regulaciones específicas en cada CA. En unos casos sirve a la estimación del consumo realizado y, en otros, de la carga contaminante del vertido. La imposibilidad o dificultad de llevar a cabo una medición directa de la base imponible en ciertas ocasiones conlleva que el legislador habilite las determinaciones objetivas.

Para las pocas CCAA que no han acudido a la denominación de régimen de determinación objetiva cuando realmente se establece, al menos en sede legal, consideramos que convendría hacer una precisión en la terminología empleada desde el punto de vista de la seguridad jurídica. La enumeración de los regímenes de determinación de la base imponible nos parece deseable, en el mismo sentido que se hace en nuestra LGT y se sigue en la generalidad de las regulaciones de los tributos en particular. En ocasiones la regulación resulta un poco caótica y con términos no del todo precisos «evaluación», «estimación»... olvidando, no se sabe muy bien por qué, la denominación del régimen en el articulado legal.

Como crítica subyacente a la generalidad de los cánones se encuentra su más que dudosa finalidad medioambiental, sustituida por una finalidad recaudatoria. Además, tendría que considerarse la necesaria modificación de buena parte de las regulaciones de la base imponible del tributo, puesto que tal elemento de configuración debería responder al vertido o contaminación y, únicamente, se debería acudir al consumo ante problemas de determinación del vertido o residualmente ¹²⁰.

IV. PERSPECTIVA COMUNITARIA DE LA FISCALIDAD ECOLÓGICA Y LA DETERMINACIÓN OBJETIVA

La fiscalidad ecológica ha constituido una preocupación de nivel comunitario principalmente a partir de los años 90. El infructuoso desarrollo de una «ecotasa» comunitaria, no obsta para que ciertos trabajos en el seno de la Unión hayan persistido en los últimos años. La contraposición de intereses estatales y el respeto del principio de igualdad suponen un condicionante fundamental en este ámbito ¹²¹. Sea cual sea la postura que se desarrolle en el futuro, es conve-

¹¹⁹ ROZAS VALDÉS, J.A.; VÁZQUEZ COBOS, C.; APARICIO PÉREZ, A. y ÁLVAREZ, S.: «Impuestos ecológicos...», ob. cit., págs. 577 y 578.

¹²⁰ Esta crítica ha sido individualizada frente al canon de saneamiento asturiano por PEDREIRA MENÉNDEZ, J. en «El canon de saneamiento...», ob. cit., pág. 124.

¹²¹ Aunque no ha sido esta la única dificultad que se han encontrado ciertas propuestas como la presentada en 1992 para la implantación de impuestos indirectos sobre el consumo de energías relacionadas con la emisión de dióxido de carbono, pudiendo mencionar otras como: la oposición de las organizaciones industriales más relevantes o las reservas recibidas desde la ciencia económica en cuanto a su dudosa potencialidad para reducir las emisiones y su capacidad de generar otras distorsiones. Véase «La implantación de un impuesto ecológico en la Unión Europea», *NUE*, n.º 122, 1995, pág. 121. Sobre este particular, véase también LÓPEZ GORDO, J.F.: «Medio ambiente comunitario y Protocolo de Kyoto: la armonización de la imposición energética o un mercado sobre emisiones de gases de efecto invernadero», Tesis Doctoral, Granada, 2006, pág. 480.

niente reconocer el indudable avance que en la fiscalidad ecológica se está realizando desde los países miembros ¹²².

Los países escandinavos fueron pioneros en el establecimiento de ecotasas y esta ha sido la tónica habitual en nuestro entorno comunitario. Finlandia, Noruega, Suecia y Dinamarca tienen impuestos sobre las emisiones de CO₂, en Holanda existe un impuesto sobre los combustibles y otros países como Austria, Reino Unido, Italia, Alemania y Francia han seguido esta línea de actuación. Nuestro país como hemos visto se inserta en este marco a través de impuestos autonómicos.

Los problemas de evaluación de la «real-contaminación» motivan que una estimación de la contaminación producida en ciertos supuestos simplifique la cuantificación de estos tributos. En efecto, una cierta labor de estimación puede facilitar la gestión de los impuestos ecológicos. En unos casos se opta por una evaluación a tanto alzado que permita el cálculo de las cuotas tributarias del impuesto a partir de cantidades fijas a aplicar sobre la contaminación producida.

Más allá de ello en ocasiones se puede habilitar una opción de tributar conforme a una estimación de la contaminación que se considera que se puede producir. La simplicidad de una determinación objetiva en este ámbito comporta múltiples ventajas. Siempre se opone la contribución conforme a la «real contaminación» y, en último caso, el respeto del principio contaminador-pagador. Sin embargo, la flexibilidad en la interpretación de todas estas premisas coadyuva a la operatividad de la norma tributaria y el fácil cumplimiento de aquellos que han de aplicarla.

Si la generalidad de los países comunitarios ha previsto la determinación directa como el régimen general y único para la cuantificación tributaria en el marco de los impuestos ecológicos, para ciertos supuestos la previsión de regímenes de determinación objetiva puede ser beneficiosa tanto para la Administración como los obligados tributarios. En este sentido, es en nuestro país en donde esta vía se ha desarrollado con un especial énfasis. En apoyo de esta alternativa, coincidimos en que la previsión de economías de opción contribuye en el avance de la operatividad del sistema y la fiscalidad ecológica es un ámbito donde la «estimación» puede contribuir a la eficacia, simplicidad y agilidad de la gestión tributaria.

La simplificación en la fiscalidad ecológica ha de constituir un objetivo a conseguir en el seno de la Unión Europea, ello ya desde las propias regulaciones estatales. Esa simplificación debe manifestarse en dos ámbitos:

- De una parte, la no-proliferación en vano de tributos referidos a la misma realidad. Un ejemplo de la simplificación lo encontramos en el ordenamiento francés donde la actual *taxe générale sur les activités polluantes* (TGAP), creada por la Ley de Presupuestos francesa para el año 1999, ha pretendido refundir diferentes impuestos que recaían sobre actividades contaminantes ¹²³. Como han sostenido los profesores BELTRAME y MONTAGNIER ese tribu-

¹²² Sobre los límites a la fiscalidad ambiental a partir de la jurisprudencia del TJCE, véase CHICO DE LA CÁMARA, P.: «Límites a la fiscalidad ambiental a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *NUE*, n.º 237, 2004, págs. 31-45.

¹²³ Actualmente engloba hasta un total de ocho actividades, a saber:

to sirvió para ordenar la fiscalidad medioambiental desarrollada de manera «anárquica» con anterioridad ¹²⁴. Tal labor de simplificación no es contraria a la necesidad, cada vez mayor, de introducir gravámenes adaptados a vías de contaminación especialmente «multiplicadas» en los últimos años ¹²⁵.

- A mayores, la simplificación en la cuantificación tributaria puede servir a una mejor operatividad de la fiscalidad y la liberación de excesivos costes indirectos para los obligados tributarios. Si bien, el establecimiento de determinaciones objetivas debe tener un margen reducido de actuación, suponiendo una opción tributaria para casos concretos que en nada obste a la general previsión del régimen de determinación directa.

La previsión de un reducido campo de actuación de la determinación objetiva es el camino deseable en la tributación ecológica. El propio desarrollo tecnológico, que abarate los costes fiscales indirectos que de tal imposición se pueden derivar, está llamado a reducir el ámbito de aplicación del régimen. A la espera de esta consecución, la determinación objetiva puede ser considerada como una opción simplificadora, a veces necesaria, en la imposición de un fenómeno real, como es la degradación del medio ambiente, y que no siempre resulta fácil traer al campo de la tributación.

V. CONCLUSIONES

- En los impuestos ecológicos, la determinación objetiva ha tenido una destacable acogida. El nivel de poder tributario en que hay que centrarse al tratar estos tributos ecológicos o medioambientales, desde la óptica de la determinación objetiva, es el nivel autonómico. El ámbito de la determinación objetiva se extiende esencialmente a dos grupos de tributos ecológicos en la actualidad: de una parte, ciertos impuestos autonómicos sobre las emisiones de gases a la atmósfera y, de otra parte, los conocidos como cánones de saneamiento.
- En los impuestos sobre la emisión de gases a la atmósfera se ha establecido un régimen de determinación objetiva en buena parte de las CCAA que han acogido este impuesto. Así ha sido en Galicia, Andalucía, Castilla-La Mancha y Aragón. Normalmente, se habilita una posible utilización de la determinación objetiva en el impuesto deduciendo la cantidad de contaminantes emitida de indicadores objetivos vinculados a la actividad o proceso de pro-

1. El almacenamiento y la eliminación de los residuos.
2. La emisión a la atmósfera de sustancias contaminantes.
3. El despegue de aeronaves sobre los aeródromos que reciben del tráfico público.
4. La producción de aceite usado.
5. Los preparados para detergentes y productos suavizantes para la ropa.
6. Los materiales de extracción.
7. Los productos antiparasitarios de uso agrícola y asimilados.
8. La autorización de explotación y la explotación de establecimientos industriales y comerciales que presentan riesgos particulares para el medio ambiente.

¹²⁴ «L'influence de l'Union européenne sur la fiscalité française», *RFFP*, n.º 68, 1999, págs. 135-137.

¹²⁵ MARX, N.F.: «De l'environnement aux eco-taxes planétaires», *Revue Fiscalité européenne et Droit International des affaires*, n.º 2, 2002, pág. 6.

ducción de que se trate. Por lo que se refiere a los cánones de saneamiento, la mayoría de las CCAA que han establecido cánones de saneamiento han seguido el modelo que se estableció, en su día, por Cataluña. De este modo, en la generalidad de las CCAA en las que se ha regulado un canon de saneamiento como tributo propio se ha acudido a una determinación de la base imponible sobre el consumo de agua que llevan a cabo los sujetos pasivos.

- La determinación objetiva debe existir como un régimen optativo en buena parte de la imposición medioambiental. La razón es que la fiscalidad ecológica presenta limitaciones que entroncan con el propio objeto gravado: el medio ambiente. La determinación directa de la degradación del medio ambiente es un aspecto complicado y aunque siempre es deseable, no por ello debe excluir la admisión de determinaciones objetivas basadas en correctos estudios preparatorios y que sostengan la propia articulación del conjunto de normas establecido por el legislador. Existen dificultades que derivan de la naturaleza de los obligados tributarios implicados y limitaciones derivadas de la tecnología o su alto coste. De todas estas motivaciones se extrae que no resulta idónea la exigencia generalizada de instalación de aparatos que permitan la medición directa de las emisiones o consumos que en cada caso el obligado tributario pueda llevar a cabo, incidiendo con su actividad en el medio ambiente. La única solución es atender al principio de proporcionalidad y establecer un equilibrio donde la Administración tributaria y el contribuyente puedan ver satisfechos sus respectivos intereses.
- Los regímenes de determinación objetiva en nuestro ordenamiento constituyen el cauce óptimo para la conciliación de intereses. Su defensa se justifica puesto que contribuyen a la seguridad jurídica de los sujetos implicados en la relación obligacional, disminuyen sus obligaciones, permiten el cumplimiento de los fines perseguidos por la Administración y se erigen en sistemas simples sobre la base de aplicación de fórmulas matemáticas. Eso sí, con limitaciones que no posibiliten la aparición de regímenes infundados que solo atiendan a los intereses de una de las partes de la obligación tributaria o a motivos puramente recaudatorios. La configuración del régimen como una opción para los obligados tributarios y la voluntariedad del régimen, que requiere nuestra LGT, ha de funcionar como uno de los parámetros de enjuiciamiento del mismo para todos aquellos supuestos en que se pueda establecer en la fiscalidad ecológica.
- La simplificación en la fiscalidad ecológica ha de constituir un objetivo a conseguir en el seno de la Unión Europea. La previsión de un reducido campo de actuación de la determinación objetiva es el camino deseable en la tributación ecológica. El propio desarrollo tecnológico, que abarate los costes fiscales indirectos que de tal imposición se pueden derivar, está llamado a reducir el ámbito de aplicación del régimen. A la espera de esta consecución, la determinación objetiva puede ser considerada como una opción simplificadora, a veces necesaria, en la imposición de un fenómeno real (la degradación del medio ambiente) que no siempre resulta fácil traer al campo de la tributación.

FISCALIDAD DE LAS OPCIONES FINANCIERAS: ESTRATEGIAS DE OPTIMIZACIÓN FISCAL

EMILIO ÁLVAREZ ARJONA

*Abogado. Socio director del Departamento Fiscal
de Costa, Álvarez, Manglano & Asociados*

Extracto:

LA Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas dedica tan solo el artículo 37.1, letra m), a regular las implicaciones fiscales de un instrumento financiero tan importante como las opciones financieras. A diferencia de las legislaciones de los países de nuestro entorno económico, la regulación fiscal es muy escasa y fragmentaria.

En el presente trabajo se analiza con detalle la regulación en vigor y se proponen medidas para complementar la misma con objeto de que los inversores particulares pudieran disponer de un marco legal más completo y coherente.

El trabajo está dividido en tres partes. En la primera se describen los contratos de opciones de compra (*Call*) y de venta (*Put*), definiendo algunos conceptos financieros básicos necesarios para la comprensión de estos instrumentos financieros. En la segunda parte se analiza con detenimiento la regulación actualmente vigente. Por último, la tercera parte propone determinadas estrategias de optimización fiscal que podrían utilizarse por los operadores, comentando las medidas anti-abuso con las que las legislaciones más evolucionadas que la nuestra combaten las mismas.

Palabras clave: *Call, Put, spread, delta* y derivados financieros.

TAXATION OF FINANCIAL OPTIONS: STRATEGIES FOR TAX OPTIMIZATION

EMILIO ÁLVAREZ ARJONA

Abogado. Socio director del Departamento Fiscal de Costa, Álvarez, Manglano & Asociados

Abstract:

THE Individual Income Tax Law only devotes article 37.1 m) to govern the tax implications of a financial instrument as important as financial options. Unlike other tax systems, the Spanish regulation is rather scarce and partial.

This paper analyzes in detail the regulations currently in force and proposes several measures to enhance it in order to provide investors with a more coherent and secure legal framework.

This work is divided in three parts. The first part describes Call and Put options as well as other basic related financial concepts needed to understand these financial instruments. The second part analyzes with great detail the legal regulations currently in force. Finally, the third part proposes several tax optimization strategies which could be used by traders, presenting as well anti abuse rules implemented in countries with more developed tax systems to fight against such strategies.

Keywords: Call, Put, spread, delta and financial derivatives.

Sumario

1. Las opciones: generalidades.
2. Tributación de las opciones.
 - 2.1. Normativa española: aspectos generales.
 - 2.2. Fiscalidad de la compra de opciones.
 - 2.3. Fiscalidad de la venta de opciones.
3. Optimización fiscal mediante el uso de opciones financieras.
 - 3.1. «Wash sale rules».
 - 3.2. Diferimiento de ganancias patrimoniales.
 - 3.3. Optimización fiscal en estrategias combinadas (*spreads*).

1. LAS OPCIONES: GENERALIDADES

Las opciones financieras son contratos en virtud de los cuales una de las partes («el comprador»), a cambio del pago de una cantidad de dinero («la prima»), tiene el derecho a comprar o vender a un precio determinado («el precio de ejercicio») un número de acciones u activo otro subyacente (como por ejemplo un futuro) en o hasta una fecha determinada («vencimiento»). La otra parte del contrato es el vendedor de la opción que tiene la obligación de vender o comprar el subyacente, al precio de ejercicio en o hasta el vencimiento. A cambio de asumir esta obligación recibe la prima.

Las opciones pueden ser opciones de compra («Call») o de venta («Put»).

EJEMPLO 1:

Compra de 1 Call TEF Dic 2011 15 @ 2.

Compra de una opción Call sobre acciones de Telefónica («TEF») con vencimiento en diciembre de 2011 y precio de ejercicio 15 euros, pagando una prima de 2 euros.

Este contrato da derecho al comprador de la opción a comprar, hasta diciembre de 2011, 100 acciones de Telefónica a un precio de 15 euros por acción. Siempre que el comprador ejerza la opción, el vendedor está obligado a vender 100 acciones de Telefónica al precio de 15 euros. Esta obligación es solo exigible hasta el tercer viernes del mes de diciembre de 2011. A cambio percibe la prima de 2 euros por acción. Como el contrato es por 100 acciones percibe un total de 200 euros. Es importante tener en cuenta que las primas se expresan en euros (o en USD) por cada acción.

Las opciones Call ganan valor cuando el subyacente (en este caso las acciones de Telefónica) aumenta de precio. Si a fecha de vencimiento las acciones de Telefónica cotizan por encima del precio de ejercicio, el comprador tendrá interés en ejercitar la opción. Si por el contrario a vencimiento las acciones de Telefónica cotizan por debajo del precio de ejercicio, el tenedor de la opción no tendrá ningún interés en ejercitar la opción. En efecto, si el tercer viernes de diciembre de 2011 las acciones de Telefónica cotizan, por ejemplo, a 13 euros, el comprador no ejercerá la opción ya que nadie compraría a 15 euros, precio de ejercicio, lo que puede adquirir en el mercado a 13 euros. En este caso el comprador habrá perdido la prima que pagó por la opción, que hace suya el vendedor.

EJEMPLO 2:**Compra de 1 Put TEF Dic 2011 15 @ 2.**

Compra de una opción Put sobre acciones de Telefónica con vencimiento en diciembre y precio de ejercicio 15 euros, pagando una prima de 2 euros.

Este contrato da derecho al comprador a vender, hasta diciembre de 2011, 100 acciones de Telefónica a un precio de 15 euros por acción. El vendedor de la Put está obligado, siempre que el comprador ejerza la opción, a comprar 100 acciones de Telefónica al precio de 15 euros. Esta obligación es solo exigible hasta el tercer viernes del mes de diciembre de 2011. A cambio percibe la prima de 2 euros por acción. Como el contrato es por 100 acciones percibe un total de 200 euros.

Las opciones Put ganan valor cuando el subyacente (en este caso las acciones de Telefónica) disminuye de precio. Si a fecha de vencimiento las acciones de Telefónica cotizan por debajo del precio de ejercicio, el comprador tendrá interés en ejercitar la opción. Si por el contrario a vencimiento las acciones de Telefónica cotizan por encima del precio de ejercicio, el tenedor de la opción no tendrá ningún interés en ejercitar la opción. En efecto, si el tercer viernes de diciembre de 2011 las acciones de Telefónica cotizan, por ejemplo, a 17 euros, el comprador no ejercerá la opción ya que nadie vendería a 15 euros, precio de ejercicio, lo que puede vender en el mercado a 17 euros.

Las opciones negociadas en los mercados organizados son de dos tipos: modalidad europea y modalidad americana. Las opciones tipo europeo solo pueden ejercitarse en la fecha de vencimiento, pero no antes. Por el contrario, las opciones de tipo americano pueden ejercitarse en cualquier fecha antes del vencimiento. La diferencia es más teórica que práctica, ya que rara vez se ejercitan las opciones de tipo americano antes de vencimiento, salvo cuando están cotizando a paridad, esto es, por su valor intrínseco. La mayor parte de las opciones negociadas en los mercados de derivados son americanas.

Es importante la relación que existe entre el precio del subyacente en un momento dado y el precio de ejercicio de la opción. Las opciones Call cuyo precio de ejercicio es superior a la cotización del subyacente se dice que están «out of the money» («OTM»). Cuando el precio de ejercicio está por debajo de la cotización actual del subyacente se dice que la opción está «in the money» («ITM»).

EJEMPLO 3:**1 opción Call TEF Dic. 2011 15**

Cuando Telefónica cotiza a 14 euros está OTM, puesto que el precio de ejercicio (15 €) está por encima de la cotización actual. Por el contrario si Telefónica estuviera cotizando a 18 euros, la opción estaría ITM. Cuando el subyacente cotiza exactamente al precio de ejercicio se dice que la opción está «at the money» («ATM»).

.../...

.../...

En las opciones Put la situación es exactamente la contraria: las opciones Put cuyo precio de ejercicio está por debajo de la cotización del subyacente se dice que están OTM. Cuando el precio de ejercicio está por encima de la cotización actual del subyacente se dice que la opción está ITM.

EJEMPLO 4:

1 opción Put TEF Dic. 2011 15

Cuando Telefónica cotiza a 16 euros está OTM, puesto que el precio de ejercicio (15 €) está por debajo de la cotización actual. Por el contrario si Telefónica estuviera cotizando a 12 euros, la opción estaría ITM. Cuando el subyacente cotiza exactamente al precio de ejercicio se dice que la opción está ATM.

El valor intrínseco de una opción es la diferencia entre la cotización actual del subyacente y el precio de ejercicio. Así, las opciones OTM no tienen valor intrínseco, solo tienen valor temporal. Por el contrario, las acciones ITM tienen tanto valor intrínseco como valor temporal.

EJEMPLO 5:

Compra de 1 Call TEF Dic 2011 15 @ 2 cuando Telefónica cotiza a 14 euros.

Esta opción está OTM. No tiene valor intrínseco y toda la prima (2 € por acción) es valor temporal. Es fácil entender que en este caso la opción no podría ser ejercitada en este momento, ya que no tiene sentido adquirir a 15 euros, lo que en ese mismo momento puede adquirirse en el mercado por 14 euros. La prima que se paga por las opciones OTM refleja una mera expectativa de que a vencimiento el subyacente cotice por encima del precio de ejercicio.

Compra de 1 Call TEF Dic 2011 15 @ 3 cuando Telefónica cotiza a 16 euros.

En este caso, la opción está ITM. El valor intrínseco es la diferencia entre la cotización del subyacente y el precio de ejercicio. Por tanto, en este caso, el valor intrínseco es de 1 euro (por cada una de las 100 acciones del contrato). Puesto que la prima es de 3 euros, el valor temporal de la opción es de 2 euros por acción, que es la diferencia entre el valor intrínseco y el valor total de la prima.

Para terminar con esta pequeña introducción a las opciones financieras conviene referirse a un parámetro de las mismas denominado «delta» de la opción. Muchas legislaciones extranjeras hacen referencia a este parámetro para determinar el tratamiento fiscal de algunas estrategias con opciones por lo que resulta conveniente conocer su significado. La delta de una opción mide la correlación que existe entre el valor de dicha opción y el valor del subyacente. Los valores de la delta de una Call van de 0 a 1 y los de una opción Put de 0 a -1. Una delta de 0 significa que la prima de la opción no aumenta ni disminuye con independencia de lo que ocurra con el subyacente. Esto ocurre generalmente con las opciones que están muy OTM y cercanas al vencimiento.

Por ejemplo una opción Call de Telefónica con precio de ejercicio 25 con vencimiento en cinco días, cuando Telefónica está cotizando a 15 euros, tendrá una delta de 0. La probabilidad de que esa opción acabe ITM es tan remota que aunque las acciones de Telefónica suban en un día de 15 a 18 euros (incremento de un 20%), probablemente no modificará en nada el precio de la opción. Por el contrario, esa misma opción si Telefónica estuviera cotizando a 30 euros tendría una delta cercana a 1. Eso significa que si Telefónica incrementase su precio de 30 a 31 euros, la prima de la opción aumentaría también en 1 euro, probablemente pasaría de valer de alrededor de 5 euros a 6 euros.

La delta de las opciones Put es negativa, ya que aumentan de valor cuando el subyacente disminuye de precio.

2. TRIBUTACIÓN DE LAS OPCIONES

2.1. Normativa española: aspectos generales

La fiscalidad de las opciones financieras puede llegar a ser ciertamente compleja. Las legislaciones más avanzadas contienen numerosas disposiciones para regular aspectos tales como la calificación de la renta, medidas anti-abuso (anti-lavado «wash sale rules» o posiciones compensadas «offsetting positions»), imputación temporal, etc.

Por el contrario, la normativa española es más bien parca en esta materia, quizás reflejo de la escasa implantación práctica de los mercados de derivados nacionales. Este hecho, sin embargo, no debería ser una excusa para no tener una regulación algo más detallada de estas operaciones. Lo cierto es que los inversores institucionales españoles y, cada vez más, los particulares operan habitualmente en los mercados de derivados extranjeros y deberían tener un marco legal estable que regule las consecuencias fiscales de estas operaciones.

La Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) actualmente en vigor regula las operaciones con opciones en el artículo 37.1, letra m), en los siguientes términos:

«En las operaciones realizadas en los mercados de futuros y opciones regulados por el Real Decreto 1814/1991, de 20 de diciembre, se considerará ganancia o pérdida patrimonial el rendimiento obtenido cuando la operación no suponga la cobertura de una operación principal concertada en

el desarrollo de las actividades económicas realizadas por el contribuyente, en cuyo caso tributarán de acuerdo con lo previsto en la sección 3.^a de este capítulo.»

Como se ve, la regulación no solo es sumamente sucinta, sino carente en gran medida de utilidad práctica.

En primer lugar, hay que señalar que el Real Decreto 1814/1991 está derogado, habiendo sido sustituido por el Real Decreto 1282/2010, de 15 de octubre, por el que se regulan los mercados secundarios oficiales de futuros, opciones y otros instrumentos financieros derivados.

Al margen de lo anterior, es de lamentar que la ley solo se refiera a las operaciones realizadas en los mercados de futuros y opciones nacionales. A priori, por tanto, la ley no regula específicamente las consecuencias fiscales de las operaciones realizadas en mercados extranjeros, como el *Chicago Board Options Exchange (CBOE)*, el mercado de opciones más grande del mundo y donde, por cierto, cotizan opciones sobre numerosos valores españoles.

Por otra parte, la referencia a los mercados nacionales deja también huérfanas de regulación las operaciones con opciones y futuros realizadas fuera de los mercados, esto es, las denominadas operaciones *Over the Counter (OTC)*.

En mi opinión no tiene lógica alguna dar un tratamiento fiscal diferente a operaciones sustancialmente idénticas en función del mercado en que se realizan, o si se realizan fuera de un mercado organizado. Entiendo, por tanto, que aunque la ley se refiera solamente a los mercados nacionales, la regulación debe ser exactamente la misma para operaciones realizadas fuera de mercado o en mercados extranjeros.

En otro orden de ideas, la ley precisa que las operaciones realizadas por empresarios o profesionales como cobertura de su actividad económica originan rentas de esta clase y no ganancias o pérdidas patrimoniales. Si entendemos que la referencia a los mercados españoles es superflua, la precisión legal resulta muy adecuada y refleja el criterio más habitual en Derecho comparado.

Por ejemplo, un empresario agrícola español que produce algodón podría perfectamente cubrir el precio de venta de su producción vendiendo futuros sobre algodón o comprando opciones Put en el *New York Board of Trade (NYBOT)*. Al tratar el resultado que obtuviese con el derivado como renta de la actividad se consigue que la operación de cobertura tenga un tratamiento coherente con la operación cubierta (la venta de algodón). No sería lógico ni neutral que el coste de la prima de la Put fuese una pérdida patrimonial (que iría a la base imponible del ahorro) y la venta de algodón tributase como renta de la actividad económica, cuando la finalidad de comprar la Put es asegurar un precio de venta del algodón. Como exponemos más adelante, la prima de la Put debe minorar el valor de transmisión del activo subyacente a efectos fiscales.

También es acertado que la ley, a contrario sensu, califique como ganancias o pérdidas patrimoniales las operaciones que realizan los empresarios de modo especulativo, aunque tengan relación con su giro o tráfico habitual. La ley es clara en cuanto que solo son rentas de actividades económicas las operaciones de cobertura. En el ejemplo anterior, la compra de la Put es una operación de cobertura, ya que el empresario tenía el subyacente (está «largo» de algodón). La compra de la Put perseguía asegurar un precio mínimo de venta. Sin embargo, si ese empresario hubiese comprado la

Put sin tener el algodón (o por más algodón del que realmente produce) estaría simplemente especulando con el que el precio del algodón va a bajar. Parece adecuado que en este caso el resultado de la operación se califique una ganancia o pérdida patrimonial.

Una última reflexión con relación a los contribuyentes que operan de forma habitual por cuenta propia utilizando los medios materiales y humanos correspondientes. En derecho comparado existen reglas bastante precisas para discernir cuando un contribuyente de estas características realiza una actividad económica (es un *trader*) o, por el contrario, se trata de un simple ahorrador que utiliza herramientas de inversión sofisticadas como son los derivados (*investor*) y cuyas rentas deben calificarse como renta del ahorro a efectos fiscales. Entre los criterios que se valoran está el capital empleado, la operativa que realiza (operativa diaria o a más largos plazos), el tiempo dedicado a la actividad de inversión, exclusividad de misma, etc.

En el caso español, ni la ley ni el reglamento, ni tan siquiera la Dirección General de Tributos a través de contestaciones a consultas, ofrecen la más mínima pista al respecto. La norma general es que una actividad económica supone la ordenación por cuenta propia de medios materiales y humanos para intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. Sería deseable que a nivel reglamentario se precisasen los requisitos para que, en general, la actividad de inversión se califique como actividad económica.

Hasta aquí lo que la ley dice, que es más bien poco. No se regulan aspectos básicos de la fiscalidad de las opciones como las reglas de valoración, de imputación temporal, normas anti-abuso, etc. Algunas de estas lagunas se han colmado a través de contestaciones a consultas de la Dirección General de Tributos. Otros aspectos de la fiscalidad de las opciones no tienen más regulación que la que resulta de los principios generales del Derecho tributario.

En las líneas que siguen se esboza cuál es el tratamiento fiscal que deberían tener las operaciones sobre opciones a la luz del derecho comparado.

2.2. Fiscalidad de la compra de opciones

El comprador de una opción solo tiene tres posibilidades una vez realizada la compra:

- a) Con anterioridad al vencimiento deshace su posición vendiendo la opción, ya sea con beneficio o con pérdida.
- b) La opción expira OTM, esto es, sin valor intrínseco, lo que implica que el comprador ha perdido toda su inversión, esto es, la prima que pagó.
- c) La opción expira ITM y su tenedor la ejerce comprando (opción Call) o vendiendo (opción Put) el activo subyacente.

Desde el punto de vista fiscal, las implicaciones de cada una de estas posibilidades son las siguientes:

a) Cierre de la posición con anterioridad al vencimiento

En este caso el comprador de la opción experimenta una ganancia o pérdida patrimonial por la diferencia entre la prima que pagó al comprar la opción y la que cobra al venderla y cerrar la posición.

EJEMPLO 6:**Compra de 1 Call TEF Dic 2011 15 @ 2.**

Compra de una opción Call sobre acciones de Telefónica con vencimiento en diciembre y precio de ejercicio 15 euros, pagando una prima de 2 euros. Este contrato da derecho al comprador a comprar hasta diciembre 100 acciones de Telefónica a un precio de 15 euros.

Se cierra la posición en noviembre de 2011 vendiendo la Call por un precio de 5, dada la revalorización que han tenido las acciones de Telefónica desde la compra de la opción.

En este caso, está claro que el comprador obtiene una ganancia patrimonial por la diferencia entre el valor de transmisión (precio de venta menos gastos accesorios) y el valor de adquisición (precio de compra más gastos accesorios). Es decir, tiene una ganancia patrimonial de 300 (3×100 acciones), ignorando las comisiones.

b) La opción expira OTM

En este caso, el comprador pierde todo lo que pagó por la prima experimentando una pérdida patrimonial por dicho importe.

EJEMPLO 7:**Compra de 1 Call TEF Dic 2011 15 @ 2.**

El tercer viernes de diciembre, fecha del vencimiento del contrato, las acciones de Telefónica están cotizando a 14 euros, por lo que la opción está OTM y carece de valor. El comprador pierde la prima que pagó, 2 euros por acción, en total, 200 euros por contrato.

La Dirección General de Tributos ha precisado que la pérdida debe imputarse al periodo impositivo en que vence la opción, aunque en la práctica las opciones cotizadas se valoran a su valor de mercado (*marked to market*). Esta posición es coherente con la normativa del IRPF, ya que hasta que no se produce la alteración patrimonial no se realiza la pérdida a efectos fiscales.

c) La opción expira ITM y su tenedor la ejercita comprando (opción Call) o vendiendo (opción Put) el activo subyacente

En la práctica totalidad de las legislaciones de nuestro entorno, cuando se ejercita una opción por estar ITM al vencimiento, la posición en opciones no genera ningún resultado independiente sometido a gravamen; el importe de la prima se considera mayor valor de adquisición del subyacente (en opciones Call) o menor precio de venta del mismo (en opciones Put).

EJEMPLO 8:

Compra de 1 Call TEF Dic 2011 15 @ 2.

El tercer viernes de diciembre, fecha del vencimiento del contrato, las acciones de Telefónica están cotizando a 20 euros, por lo que la opción está ITM y tiene un valor intrínseco de 5 que es la diferencia entre la cotización de Telefónica y el precio de ejercicio de la opción. El comprador de la opción la ejercita y compra 100 acciones de Telefónica a 15 euros cada una.

A este precio habría que adicionar la prima pagada por la opción de 2, por lo que el coste de adquisición de cada acción sería de 17 euros. En ese momento el tenedor tiene una plusvalía latente de 3, ya que las acciones de Telefónica están cotizando a 20. Sin embargo, se trata de una ganancia no realizada, que solo debería gravarse cuando tenga lugar la alteración patrimonial, esto es, cuando se vendan las acciones de Telefónica (art. 14 de la Ley IRPF).

EJEMPLO 9:

Compra de 1 Put TEF Dic 2011 12 @ 2.

Compra de una opción Put sobre acciones de Telefónica con vencimiento en diciembre y precio de ejercicio 12 euros, pagando una prima de 2 euros. El tercer viernes de diciembre, fecha del vencimiento del contrato, las acciones de Telefónica están cotizando a 10 euros, por lo que la opción está ITM. El tenedor tiene el derecho a vender 100 acciones de Telefónica a 12 euros. Suponiendo que las hubiese adquirido a 12 euros, tendría una pérdida patrimonial de 2 ($12 - 12 - 2$). Obsérvese como del precio de venta de 12, precio de ejercicio de la Put, hay que deducir el importe de la prima.

A pesar de que el tratamiento fiscal descrito es pacífico en derecho comparado, de las consultas de la Dirección General de Tributos parece deducirse que hay que analizar las posiciones en opciones y en el activo subyacente de forma independiente.

Así en el ejemplo 8 anterior, el tenedor habría obtenido una ganancia de 3 en su posición en opciones (valor intrínseco -5 –menos coste de la prima -2 –). Por otra parte, las acciones

.../...

.../...

de Telefónica se considerarían adquiridas por el valor de cotización en la fecha de ejercicio de la opción (20). Este criterio, seguramente poco meditado, no solo no refleja la verdadera naturaleza jurídica de la operación, sino que conduce a gravar ganancias patrimoniales no realizadas conculcando así un principio básico de nuestro Derecho tributario.

2.3. Fiscalidad de la venta de opciones

El vendedor de una opción cobra inmediatamente la prima. De nuevo, solo tiene tres posibilidades una vez realizada la operación:

- a) Con anterioridad al vencimiento cierra su posición comprando la opción, ya sea con beneficio o con pérdida.
- b) La opción expira OTM, esto es, sin valor intrínseco, lo que implica que el vendedor hace definitivamente suya la prima.
- c) La opción expira ITM y su tenedor la ejercita forzando al vendedor de la opción a vender el activo subyacente al precio de ejercicio (opción Call) o a comprarlo al precio de ejercicio (opción Put).

Los dos primeros escenarios son bastante evidentes. El vendedor obtiene una ganancia o pérdida patrimonial que se cuantifica en la diferencia entre el importe de la prima que cobró al vender la opción y la que paga por recomprar la misma. En el caso de que la opción expire OTM la ganancia patrimonial es la totalidad de la prima.

En Estados Unidos esta ganancia (pérdida) patrimonial se califica siempre de «a corto plazo», aun en el caso de que la opción vendida tuviera vencimiento a más de un año. Sin embargo se entiende que dicha ganancia o pérdida se devenga en el periodo impositivo en el que se cierra la posición, no en el que se realiza la venta.

A la misma conclusión habría que llegar en el caso español, al menos en cuanto al devengo de la ganancia patrimonial. Así se deduce de las distintas contestaciones de la Dirección General de Tributos que han abordado este aspecto. En cuanto a la clasificación de la ganancia o pérdida patrimonial en corto o largo plazo, no hay resoluciones que aborden directamente esta cuestión; lo cierto es que con la normativa actual la cuestión no tiene relevancia práctica, ya que todas las ganancias y pérdidas patrimoniales, con independencia de que sean a corto o largo plazo, tienen el mismo tratamiento (cfr. arts. 45 y 46 de la Ley del IRPF).

Al margen del plazo, y a nivel puramente dialéctico, podría suscitarse el debate sobre la categoría a la que pertenecen las ganancias y pérdidas patrimoniales resultantes de la venta de opciones financie-

ras. En efecto, las ganancias y pérdidas patrimoniales que derivan de la *transmisión de elementos patrimoniales* se incluyen en la renta del ahorro, mientras que el resto de ganancias y pérdidas patrimoniales se incluyen en la renta general con importantes consecuencia prácticas: (i) las ganancias se gravarían a la tarifa general del impuesto y no al tipo fijo de las rentas del ahorro y (ii) las pérdidas se podrían compensar con las restantes rentas de la base imponible general, con el límite del 25 por 100 de estas.

En rigor, el vendedor de una opción no transmite un elemento patrimonial que tenía con anterioridad a la venta. En la terminología financiera el vendedor de opciones asume una posición corta («short sale») puesto que vende un activo o instrumento financiero que no tiene y que, de hecho, no existía con anterioridad a la operación. Una interpretación literal de la norma impondría considerar que estamos ante ganancias o pérdidas patrimoniales que se incluyen en la renta general, con las consecuencias apuntadas.

Sin embargo, creo que hay razones de peso para rechazar esta conclusión. Desde un punto de vista finalista no hay dudas de que el vendedor de opciones utiliza su capital de modo similar a un ahorrador. Para vender opciones es necesario depositar una garantía en el bróker que, aunque es variable, suele ser de un 25 por 100 del importe del precio del activo subyacente. De tal modo que una parte de su patrimonio queda «afecto» a garantizar estas operaciones. Se trata de una modalidad de inversión algo sofisticada, pero que no difiere mucho de otras fórmulas de ahorro.

Por lo demás, no parece que tenga sentido tratar de forma diferente al comprador de opciones que al vendedor. Son las dos partes del mismo contrato y, por tanto, las ganancias o pérdidas patrimoniales de ambos deben tener el mismo tratamiento fiscal. Además, hay numerosas estrategias con opciones que exigen la compra y venta simultánea de opciones (*ratio spread*, *backspread*, *butterflies*, *calendar spreads*, *vertical spreads*...). Si se diera un tratamiento asimétrico a ambas «patas» de la estrategia se generarían importantes oportunidades de arbitraje fiscal. Se favorecerían las estrategias que generan la pérdida en el «short side» mientras que las ganancias se situarían en el «long side». Semejante fiscalidad sería, con certeza, muy lesiva para los intereses de la Hacienda Pública y, desde luego, no sería neutral en el tratamiento fiscal del ahorro.

La tercera y última posibilidad que se presenta al vendedor de opciones es que no cierre la posición antes del vencimiento y la opción expire ITM.

En el caso de la venta de una opción Call, el vendedor estará obligado a entregar el subyacente al precio de ejercicio. La prima recibida debería considerarse como un concepto integrante del valor de transmisión del subyacente.

EJEMPLO 10:

Venta de 1 Call TEF Dic 2011 15 @ 2.

Venta de una opción Call sobre acciones de Telefónica con vencimiento en diciembre y precio de ejercicio 15 euros, cobrando una prima de 2 euros. El tercer viernes de diciembre, fecha del vencimiento del contrato, las acciones de Telefónica están cotizando a 18 euros,

.../...

.../...

por lo que la opción es ejercitada por el tenedor. El vendedor debe entregar 100 acciones de Telefónica a 15 euros, luego el precio total de venta será de 1.500 euros. Si no tenía dichas acciones en cartera («uncovered short sale») tendrá que acudir al mercado y comprarlas por lo que están cotizando en ese momento, es decir, $18 \text{ €} \times 100 = 1.800$. Por lo tanto, tiene una pérdida total de 300 euros en la operación. No obstante, como cobró 200 euros por la venta de la opción (2×100) el precio de venta sería de 1.700 euros. La pérdida global es tan solo de 100 euros.

En este mismo ejemplo, si el vendedor de la Call ya tenía en su cartera las acciones de Telefónica (esto es, se trataba de una «covered short sale»), la ganancia o pérdida patrimonial será la diferencia entre el valor de adquisición de dichas acciones y el precio de venta (precio de ejercicio más la prima).

En el caso de venta de una opción Put, el vendedor estará obligado a comprar el subyacente al precio de ejercicio. La prima recibida debería minorar el valor de adquisición a efectos del cómputo de la ganancia o pérdida patrimonial que obtenga en el futuro cuando venda el subyacente.

EJEMPLO 11:**Venta de 1 Put TEF Dic 2011 15 @ 2.**

Venta de una opción Put sobre acciones de Telefónica con vencimiento en diciembre y precio de ejercicio 15 euros, cobrando una prima de 2 euros. El tercer viernes de diciembre, fecha del vencimiento del contrato, las acciones de Telefónica están cotizando a 10 euros, por lo que la opción es ejercitada por el tenedor. El vendedor de la Put debe comprar 100 acciones de Telefónica a 15 euros, luego el precio de la compra será de 1.500 euros. No obstante, como cobró 200 euros por la venta de la opción (2×100) el precio de compra real sería de 1.300 euros, es decir, de 13 euros por acción. En ese momento el vendedor de la Put (y comprador del subyacente) tiene una pérdida latente de 300, ya que las acciones están cotizando a 10 euros.

3. OPTIMIZACIÓN FISCAL MEDIANTE EL USO DE OPCIONES FINANCIERAS

La utilización de opciones permite mejorar la rentabilidad financiero-fiscal de determinadas inversiones. A continuación se exponen algunas de las técnicas que se pueden utilizar para diferir el pago de impuestos utilizando opciones financieras. La normativa española no contiene normas espe-

cíficas anti-elusión que impidan la utilización de estas estrategias de inversión, lo que no significa que no puedan ser combatidas por parte de los órganos encargados de la aplicación de los tributos apelando a las normas generales contenidas en la Ley General Tributaria, esto es, las contenidas en los artículos 13, 15 y 16 de la Ley General Tributaria.

3.1. «Wash sale rules»

El artículo 33.5 f) de la Ley del IRPF no permite computar pérdidas patrimoniales cuando estas pérdidas resulten de la transmisión de valores cotizados cuando el contribuyente hubiera adquirido valores homogéneos dentro de los dos meses anteriores o posteriores a la transmisión que generó la pérdida.

Lo que la norma trata de evitar es que el contribuyente realice minusvalías latentes (generalmente hacia finales de año) que minoren su base imponible para adquirir seguidamente –incluso el mismo día– los valores vendidos. A este respecto se impone un periodo de espera de dos meses para que se puedan computar dichas pérdidas.

El problema al que se pueden enfrentar los inversores es que en dos meses las circunstancias del mercado pueden cambiar radicalmente, de forma que la ventaja fiscal que pudieran haber obtenido no les compense; por ejemplo, pierdan un rebote del valor cuando no están invertidos en el mismo como consecuencia del periodo de espera.

Se trata pues de diseñar una estrategia que permita computar las pérdidas a efectos fiscales manteniendo una posición equivalente en los valores vendidos. Las opciones permiten obtener este resultado sin dificultad.

A este respecto hay que tener en cuenta que las acciones y las opciones Call o Put sobre dicho subyacente en ningún caso pueden considerarse valores homogéneos. Las opciones no confieren los mismos derechos políticos ni económicos que las acciones. El titular de una opción no tiene derecho de voto en las juntas generales de accionistas y tampoco recibe dividendos. Las opciones son instrumentos financieros derivados no asimilables en ningún caso al activo subyacente. Por esta razón su utilización no desencadena las consecuencias señaladas en el artículo 33.5 f) de la Ley del IRPF.

Muchas legislaciones más avanzadas que la española equiparan la compra de opciones Call a la compra del subyacente a efectos de las normas anti-lavado o «wash sale rules», en especial, si las opciones están ITM. Pero la normativa española exige que los valores sean homogéneos, lo que posibilita la utilización de opciones.

Para sortear la aplicación de las normas anti-lavado se pueden utilizar opciones Call u opciones Put.

La opción más sencilla es adquirir opciones Call ITM sobre las acciones vendidas. A este respecto conviene recordar que las opciones ITM, en particular las que DITM «deep in the money» tienen una delta cercana a 1, por lo que su valor se mueve euro por euro con el subyacente. Por cada euro que suban o bajen las acciones del subyacente, la opción subirá o bajará también un euro.

EJEMPLO 12:

Se adquieren 500 acciones de Telefónica a 20 euros la acción. A 31 de diciembre de 2010 las acciones están cotizando a 13 euros, lo que supone una minusvalía latente de 7 euros por acción (3.500 € en total). Al inversor le interesaría realizar esa pérdida para compensar otras ganancias patrimoniales obtenidas en el periodo impositivo, pero no quiere estar fuera del valor porque cree que la cotización puede experimentar un fuerte rebote a corto plazo.

La estrategia sería vender 500 acciones de Telefónica a 13 euros y simultáneamente comprar 5 opciones Call con precio de ejercicio 10 y vencimiento en marzo de 2011. Estas opciones están DITM (delta próxima a 1) por lo que se revalorizarán prácticamente lo mismo que las acciones de Telefónica. La prima que habrá pagado el inversor por la compra de las opciones Call será de, aproximadamente, 3,5 euros. En marzo, las acciones de Telefónica cotizan a 18 euros y el inversor ejercita las opciones. Las acciones de Telefónica se adquieren al precio de ejercicio de la opción (10 €) con lo que el coste de adquisición de cada acción será de 10 euros más los 3,5 euros pagados por la opción Call. En total 13,5 euros que es aproximadamente el mismo precio por el que vendió las acciones de Telefónica en diciembre del año anterior.

Esta estrategia permite al inversor realizar la pérdida a efectos fiscales pero seguir invertido en el subyacente como si no hubiera tenido lugar la venta.

Las legislaciones que, con toda lógica, consideran que la compra de opciones Call es equivalente a la adquisición del subyacente, impiden la realización de la estrategia descrita. En esos casos la alternativa sería la venta del subyacente y la simultánea venta de una opción Put ITM. De tal manera que el inversor volverá a disponer de las acciones vendidas en cuanto la opción se ejercite por el tenedor.

EJEMPLO 13:

Se adquieren 500 acciones de Telefónica a 20 euros la acción. A 31 de diciembre de 2010 las acciones están cotizando a 13 euros, lo que supone una minusvalía latente de 7 euros por acción (3.500 € en total). Al inversor le interesaría realizar esa pérdida para compensar otras ganancias patrimoniales obtenidas en el periodo impositivo, pero no quiere estar fuera del valor porque cree que la cotización puede experimentar un fuerte rebote a corto plazo.

La estrategia sería vender 500 acciones de Telefónica a 13 euros y simultáneamente vender 5 opciones Put con precio de ejercicio 20 y vencimiento en marzo de 2011. La prima que habrá cobrado el inversor será de, por ejemplo, de 7,5 euros. En marzo, las acciones de Telefónica cotizan a 18 euros y el titular de las Put las ejercita vendiendo 500 acciones

.../...

.../...

de Telefónica a 20 euros. Nuestro inversor adquiere las acciones de Telefónica al precio de ejercicio de la opción (20 €) del que hay que deducir la prima de 7,5 euros que cobró por la venta de las Put. En consecuencia, el coste de adquisición total sería de 12,5 euros que es solo algo menor que el precio por el que vendió las acciones de Telefónica en diciembre del año anterior.

Para terminar con las posibles estrategias para sortear las normas anti-lavado, se suscita la cuestión de la homogeneidad entre las distintas clases de opciones. Aunque las opciones y las acciones no son valores homogéneos, las opciones sí que podrían serlo entre sí. Es decir, si la venta de una opción origina una pérdida pero en el plazo de dos meses anteriores o posteriores se ha adquirido otra opción que se reputa homogénea a la que ha originado la pérdida, cabría entender que entra en juego la aplicación del artículo 33.5 f) de la Ley del IRPF.

En sentido estricto, en mi opinión, solo cabe entender que son homogéneas las opciones de la misma clase que tengan el mismo subyacente, el mismo vencimiento y el mismo precio de ejercicio. Es decir:

- a) Una opción Call nunca es homogénea con una opción Put.
- b) Una opción Call sobre acciones de Telefónica no es homogénea con una opción Call sobre acciones de Iberdrola.
- c) Una Call sobre Telefónica con vencimiento en enero no es homogénea con una Call sobre Telefónica con vencimiento en marzo.
- d) Una Call sobre Telefónica con precio de ejercicio 15 euros no es homogénea con una Call sobre Telefónica con precio de ejercicio 16 euros.

En una futura regulación de esta materia sería importante clarificar este extremo, ya que las estrategias de *roll over* (*roll up*, *roll down* y *roll forward*) con opciones son muy utilizadas, tanto por inversores institucionales como por particulares.

3.2. Diferimiento de ganancias patrimoniales

Un escenario frecuente es que al inversor le interese asegurar la ganancia latente de una inversión, pero el impacto fiscal de la venta inmediata de la misma sea elevado. En consecuencia, le interesaría asegurar el beneficio obtenido pero diferir el pago del impuesto.

El mero diferimiento del pago de un tributo ya supone una ventaja fiscal. En ocasiones, este diferimiento va acompañado de ventajas fiscales adicionales muy importantes como la eventual apli-

cación de tipos impositivos más reducidos –al recaracterizar una ganancia patrimonial a corto plazo en otra a largo plazo– o la posibilidad de compensar esta ganancia con otras rentas (por ejemplo, el inversor tiene pérdidas patrimoniales a largo plazo que solo puede compensar con ganancias de la misma naturaleza).

Con la Ley del IRPF actualmente en vigor, la única ventaja que puede obtener un inversor residente en España es el diferimiento impositivo, ya que las ganancias y pérdidas patrimoniales se compensan entre sí sin que el plazo de generación de las mismas imponga ninguna restricción al respecto; por otra parte, todas las ganancias/pérdidas patrimoniales que se integran en la renta del ahorro se someten al mismo tipo de gravamen (19% – 21%). No obstante hasta hace muy poco no era así, ya que las ganancias patrimoniales a largo plazo (un año o más) se integraban en la base imponible especial (gravada al tipo fijo del 15%), mientras que las ganancias patrimoniales a corto plazo se integraban en la base imponible general y se gravaban a la tarifa general. Y, por otra parte, las pérdidas patrimoniales a largo plazo solo se podían compensar con ganancias patrimoniales a largo plazo.

En cualquier caso, dada la variabilidad de la normativa tributaria, conviene conocer alguna estrategia que permita obtener los objetivos señalados. Esta estrategia se conoce como «covered short sale». Consiste en vender opciones Call ITM que están cubiertas por las acciones que el inversor tiene en cartera y que acumulan plusvalías latentes que el inversor quiere asegurar.

EJEMPLO 14:

En febrero de 2010 se adquieren 500 acciones de Telefónica a 15 euros la acción. A 31 de octubre de 2010 las acciones están cotizando a 20 euros, lo que supone una plusvalía latente de 5 euros por acción (2.500 € en total). Al inversor le interesaría asegurar ese beneficio porque cree que las acciones no tienen más recorrido al alza, pero le convendría más imputar la ganancia a efectos fiscales al periodo impositivo 2011.

La estrategia sería vender 5 opciones Call con precio de ejercicio 15 y vencimiento en 2011. La prima que habrá cobrado el inversor por la venta de las opciones Call será de, por ejemplo, de 5,5 euros. En marzo, las acciones de Telefónica siguen cotizando a 20 euros y el comprador de la Call ejercita las opciones obligando a nuestro inversor a vender 500 acciones de Telefónica al precio de 15 euros cada una. El precio total obtenido por el inversor es de 20,5 euros por acción (15 € por la venta de la acción + 5,5 euros por la venta de la Call). Puesto que el valor de adquisición de las acciones es de 15 euros, la ganancia patrimonial es de 5,5 euros por acción, que se imputa al periodo impositivo 2011.

Al vender la Call «deep in the money» en octubre el inversor se asegura prácticamente el beneficio generado hasta esa fecha, pero difiere su reconocimiento a efectos fiscales hasta el periodo 2011. No obstante, si desde que vende la Call hasta su vencimiento el valor de las acciones de Telefónica cayera por debajo de 14,5 euros, el inversor perdería parte de ese beneficio.

Por esta razón la normativa americana que, en general, no permite utilizar esta estrategia para «ampliar» el plazo de generación de ganancias patrimoniales, establece una excepción cuando desde la venta de la Call hasta vencimiento el plazo supera los 90 días. Este plazo es suficientemente largo como para que puedan pasar muchas cosas en el mercado. Téngase en cuenta que en Estados Unidos las ganancias patrimoniales a largo plazo se gravan al 15 por 100, mientras que las obtenidas a corto plazo se gravan al 35 por 100, por lo que la cuestión del plazo de generación de las ganancias patrimoniales tiene la máxima importancia.

La normativa australiana es incluso más sofisticada en este punto. En lugar de atender al plazo de vigencia de la opción acude al concepto de delta. De tal forma que cuando una posición es «delta neutral», se considera compensada e impide la obtención de la ventaja que persigue el operador, en este caso, la ampliación del plazo de generación de la ganancia patrimonial. En el caso de *covered short sale* la posición será prácticamente delta neutral si la Call vendida está DITM. La delta del subyacente es siempre y por definición de 1, mientras que la delta de la venta de una Call DITM será próxima a -1. Por tanto, la posición delta global en el momento de la venta de la Call es cercana a cero, esto es, delta neutral.

3.3. Optimización fiscal en estrategias combinadas (*spreads*)

Los inversores y operadores en opciones emplean con mucha frecuencia *spreads*. Los *spreads* son posiciones en las que el inversor compra y/o vende varias «patas» de opciones con relación a un mismo subyacente. Los *spreads* son utilizados con más frecuencia por inversores profesionales, ya que reducen el riesgo global de determinadas posiciones, mejorando el binomio rentabilidad riesgo. Para describir esta estrategia fiscal tomaremos el ejemplo de uno de los *spreads* más utilizados, el *straddle*.

Comprar un *straddle* consiste en comprar una opción Call y una opción Put sobre la misma acción. Ambas opciones tienen el mismo vencimiento y precio de ejercicio.

EJEMPLO 15:

Telefónica está cotizando a 15 euros y en las próximas semanas va a anunciar resultados. Un inversor considera que estos resultados van a sorprender al mercado, pero no está seguro de si de forma positiva o negativa. Decide por tanto comprar la siguiente combinación de opciones:

- Compra 1 Call TEF Ene 2012 15 @ 1,5.
- Compra 1 Put TEF Ene 2012 15 @ 1,4.

La compra simultánea de estas dos opciones crea un *straddle*. El *straddle* le ha costado 2,9 euros (es decir, 290 € en total). Puesto que Telefónica cotiza a 15 euros en el momento de adquirir el *straddle*, el inversor necesita que a vencimiento las acciones de Telefónica

.../...

.../...

están cotizando por encima de 17,9 ($15 + 2,9$) o por debajo de 12,1 ($15 - 2,9$) para obtener beneficios. En el primer caso la opción Put expirará sin valor, pero la Call valdrá más de 2,9, que es el coste conjunto de las dos opciones que compró. En el segundo caso la Call expirará sin valor, pero la Put valdrá más de 2,9, que es el coste conjunto de las dos opciones que compró. En definitiva, el comprador de un *straddle* siempre perderá en una de las patas y ganará en la otra. Obviamente el éxito de la estrategia depende de que lo que se gane en la pata ganadora de la combinación compense lo que se pierde en la pata perdedora.

Desde el punto de vista fiscal la operativa parece evidente; se trata de anticipar la pérdida de la opción de la pata perdedora y diferir el reconocimiento de la ganancia latente en la opción de la pata ganadora.

En el ejemplo anterior, si las acciones de Telefónica cotizan en diciembre de 2011 a 18 euros, los valores de las opciones bien podrían ser los siguientes:

- Call TEF Ene 2012 15 @ 4.
- Put TEF Ene 2012 15 @ 0,5.

El *straddle* tiene un valor de 4,5 euros, por lo que si el inversor cierra su posición obtendría un beneficio de 1,6 euros ($4,5 - 2,9$). Sin embargo, fiscalmente podría ser más eficiente realizar la pérdida de la opción Put, vendiendo la Put por 0,5 lo supone una pérdida de 0,9 ($1,4 - 0,5$) y mantener la posición en la Call que en ese momento tiene una plusvalía latente de 1,5 euros ($4 - 2,5$). De tal forma que la ganancia se realizará cuando se venda la Call en el periodo impositivo 2012.

La normativa norteamericana no permite realizar esta estrategia fiscal. Existen reglas muy complejas para regular lo que denomina «offsetting positions». De tal forma que cuando dos posiciones se compensan creando una disminución del riesgo, no se permite el reconocimiento fiscal de las pérdidas de la pata perdedora hasta que no se cierra la pata ganadora, de tal forma que solo se computa el resultado neto de la estrategia en el periodo impositivo en que dicha estrategia se cierra definitivamente.

Una forma muy sencilla de determinar cuándo dos posiciones se compensan reduciendo el riesgo consiste en cuantificar la delta global de la posición. Si la posición global es «delta neutral», quiere decir que el riesgo de ambas patas se compensa. Por ejemplo, en el *straddle* anterior, la Put tendrá una delta de $-0,5$ aproximadamente, mientras que la Call tendrá una delta de $0,5$, por lo que la suma algebraica de la delta de ambas patas es de cero, esto es, delta neutral. En efecto, al comprador de un *straddle* le da igual que el subyacente suba o baje de precio. Lo único que le importa es que suba o baje mucho, esto es, en términos más ortodoxos, que la volatilidad real sea superior a la volatilidad implícita a la que compró las opciones.

CULPABILIDAD EN LA INFRACCIÓN TRIBUTARIA. LA STS DE 12 DE JULIO DE 2010 Y LOS TRIBUNALES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS: UN USO INTERESADO DE LA JURISPRUDENCIA

NURIA PUEBLA AGRAMUNT

*Doctora en Derecho
Abogada del ICAM*

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:

A lo largo de estas líneas, tras un repaso por los argumentos que se suelen alegar para enfrentarse a las sanciones tributarias, en el que haremos un intento por clarificar algunos conceptos, trasladando al ámbito del Derecho fiscal sancionador lo que la dogmática penal tiene superado, nos detendremos en la culpabilidad, principal argumento analizado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2010 y por las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central que dicen ampararse en la misma para confirmar los acuerdos sancionadores; diseccionaremos la sentencia para extraer lo que de verdad dice; estudiaremos las resoluciones económico-administrativas, para poner en evidencia su falta de acomodo a la sentencia; y traeremos a colación sentencias posteriores del Tribunal Supremo que refuerzan nuestros argumentos, porque insisten en la importancia de la motivación y prueba del elemento subjetivo de la infracción, así como de la acreditación de la culpabilidad, como algo esencial sin lo cual los acuerdos sancionadores devienen indefectiblemente nulos.

Palabras clave: culpabilidad, infracción y sanción.

GUILT IN TAX VIOLATION. THE JUDGMENT OF THE TRIBUNAL SUPREMO OF 12TH JULY 2010 AND THE ADMINISTRATIVE COURTS: AN INTERESTED USE OF THE CASE-LAW

NURIA PUEBLA AGRAMUNT

Doctora en Derecho

Abogada del ICAM

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:

ALONG these lines, after a review of the arguments that are often put forward for dealing with tax sanctions and in which we will try to clarify some concepts, transferring to the area of tax law what in criminal law is considered surpassed, we will stop at the concept of guilt, the main topic discussed in the judgment of the Tribunal Supremo of 12th July 2010 and in the Tribunal Económico-Administrativo Central resolutions, which apparently follow that judgment confirming tax sanctioning agreements; we will dissect the Tribunal Supremo judgment to obtain what it really says; we will study the decisions from our Administrative Courts to expose their lack of accommodation to the judgment, and we'll bring to our study subsequent judgments from the Tribunal Supremo which will reinforce our arguments, because they insist on the importance of motivation and of the prove of this subjective element of the offense, as well as the fact of evidencing the guilt, as something essential without which the sanctioning agreements, inevitably become null.

Keywords: guilt, offense and sanction.

Sumario

1. Introducción.
2. Principales motivos de oposición a un acuerdo sancionador y algunas precisiones terminológicas y dogmáticas.
 - A. Algunas precisiones terminológicas y dogmáticas.
 - B. El estado de la cuestión en la práctica y algunas ideas y argumentos de oposición a las sanciones tributarias.
3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2010.
4. La utilización interesada de la sentencia por parte del TEAC.
5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado una Sentencia, de fecha 12 de julio de 2010, en recurso 480/2007, de la que es ponente el magistrado Joaquín Huelín Martínez de Velasco, desestimando recurso de casación interpuesto contra sanción tributaria. Considerando que la Inspección sí dejó suficiente constancia, en el acuerdo sancionador adoptado por la Oficina Nacional de Inspección (ONI) en noviembre de 2003, de las razones que cimientan su conclusión de que la conducta fue merecedora de sanción; dando por sentado que las sanciones no se pueden imponer por el mero resultado y que es necesario que concurra el elemento subjetivo esencial de toda infracción, consistente en la acreditación de la culpabilidad; y aprovechando para recordar que las sanciones pueden ser aplicadas a conductas meramente negligentes, falla entendiendo que el acto administrativo en concreto impugnado sí da cumplimiento a las exigencias de motivación.

Por su singularidad, esta sentencia ha sido citada y utilizada de forma torcida por parte del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), el cual, con una pretendida base en la misma, ha desestimando reclamaciones contra acuerdos sancionadores que habían sido impugnados por falta de motivación de la culpabilidad.

A mi juicio, la sentencia no sirve legítimamente de justificación para confirmar las sanciones impuestas, como pretende el TEAC. Creo que puede afirmarse con rotundidad que la sentencia no significa un retorno a la responsabilidad objetiva, ni un abandono de los principios del derecho sancionador, y que no viene tampoco a iniciar una nueva línea jurisprudencial.

Es más, es una sentencia que no solo no invalida toda la jurisprudencia anterior, bien elaborada, razonada, justificada y aplicada, acerca del elemento subjetivo que debe concurrir para que exista infracción y acerca del principio de culpabilidad que debe presidir la potestad sancionadora, sino que, antes al contrario, la cita y la refuerza, por lo que las resoluciones de los Tribunales económico-administrativos que confirman sanciones que soslayan la culpabilidad, diciendo ampararse en esta sentencia, no hacen sino un uso interesado de la jurisprudencia, como esperamos demostrar en las próximas páginas.

2. PRINCIPALES MOTIVOS DE OPOSICIÓN A UN ACUERDO SANCIONADOR Y ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y DOGMÁTICAS

A la hora de recurrir una sanción tributaria –aunque estos argumentos bien podrían aducirse ante cualquier otra sanción administrativa– se suele acudir a los siguientes argumentos básicos: falta del elemento objetivo de la infracción, falta del elemento subjetivo, ausencia de culpabilidad y falta de motivación de la culpabilidad. Sin perjuicio de una breve referencia al primero de estos motivos, la pretensión de las próximas líneas es analizar los últimos –que suelen en la práctica articularse como uno solo, un tanto deslavazado y poco preciso, enunciado más o menos como «falta de concurrencia de la culpabilidad»–, porque es en lo que profundiza la sentencia del Tribunal Supremo que ha dado pie a este trabajo, porque es el argumento estrella, el sin duda más utilizado para enervar las sanciones, y porque, sin embargo, es quizás aquel sobre el que más confusión conceptual reina en el territorio de las sanciones tributarias.

A. Algunas precisiones terminológicas y dogmáticas

El principio de culpabilidad, en el terreno sancionador fiscal ha sido tan frecuentemente alegado como superficialmente estudiado, y tan afirmado en la teoría como inaplicado en la práctica. En esto, el Derecho penal nos da muchas vueltas, y por eso, y por la trascendencia práctica que la confusión conceptual acarrea, se ha propugnado con acierto la necesidad de una profundización en nuestro ámbito –tributario– de estas categorías dogmáticas¹. Sin el pretencioso objetivo de realizar este vasto e intenso estudio, y con la sola intención de tratar de clarificar y aportar algo de luz en esta materia, a los efectos prácticos de **conseguir una argumentación más afinada y que sea contundente frente a las sanciones que imponga la Administración tributaria**, esbozamos las notas que siguen a continuación.

Se suele decir que la comisión de una infracción tributaria supone la concurrencia de dos elementos esenciales: uno objetivo, dado por la comisión de un ilícito *tipificado* por la ley, y otro, de carácter subjetivo, dado por la existencia de *culpabilidad* en la comisión del ilícito sancionable. Creo que puede sostenerse que la **falta de un desarrollo profundo y detallado de estos conceptos en Derecho sancionador tributario** –desarrollo que sí ha experimentado el Derecho penal– hace que se confundan –por Administración, sancionados y tribunales– conceptos esenciales, de forma que **la idea misma de la culpabilidad adolece de una completa falta de matizaciones que sería muy deseable**, pues tal y como se concibe comúnmente, realmente no guarda relación alguna con las categorías del Derecho penal a las que pretende asemejarse o incluso asimilarse.

¹ Puede afirmarse, con José Antonio CHOCLÁN MONTALVO («Responsabilidad tributaria por los conceptos. Una aplicación razonable del principio de culpabilidad»). *Diario La Ley*, n.º 6200, Sección Doctrina, 1 Mar. 2005, Año XXV, Ref. D-50) que «no existe una teoría general de la infracción tributaria en el ámbito administrativo sancionador», mientras que, por el contrario, «la dogmática penal se ha cuidado de elaborar de modo preciso las diferentes categorías dogmáticas de la Parte General del Derecho Penal». Esta evolución sería necesaria para proporcionar seguridad jurídica. Señalar límites y definir conceptos, permitiría una aplicación segura y calculable de la norma, haciendo posible sustraer la aplicación normativa a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Con cita de GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pág. 158, dice CHOCLÁN que «por ello, cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los Tribunales».

Para empezar a delimitar y sentar con ello las premisas sobre las que basar una argumentación sólida contra una sanción impuesta por un órgano de la Administración tributaria, debe primeramente recordarse que **las acciones y omisiones, para que constituyan delito –y por tanto infracción–, han de estar penadas por la ley y han de ser dolosas o imprudentes. Es a esto a lo que se denomina tipicidad**, principio que garantiza la predeterminación normativa y que es una exigencia que deriva directamente de otro principio, el de seguridad jurídica.

En la dogmática penal no hay duda, y se reconoce mayoritariamente, que dentro de la unidad de factores que representa la acción típica coexisten tipo objetivo y tipo subjetivo, encontrándose superada la concepción del tipo puramente objetivo. Por tanto, una incorporación de este concepto elemental del Derecho penal al terreno sancionador tributario supone y conlleva afirmar, rotundamente y sin discusión, que **si en la tipificación misma de las infracciones tributarias está el elemento subjetivo, la concurrencia de este es presupuesto propio de la infracción, o lo que es lo mismo, que sin él, simple y llanamente, la infracción no existe**.

Dicho en palabras que los que nos dedicamos al Derecho tributario comprendemos mejor: **no es cierto** –como muy a menudo leemos y vemos en la práctica– **que el tipo aplicado a un contribuyente que deja de ingresar solo exija un elemento objetivo, que es la falta de ingreso en los plazos señalados**, sino que, como frente a una afirmación de este tipo formulada por la Sala de instancia, contestó el Tribunal Supremo:

«Junto a la falta de ingreso en plazo [que es el elemento objetivo de la sanción, y que resulta del art. 79 a) de la LGT de 1963] se exige el elemento subjetivo, que consiste en que la conducta se haya cometido a título, al menos, de simple negligencia. Por tanto, nuestro sistema de sanciones tributarias es un sistema de carácter evidentemente subjetivo en el que **se precisa la concurrencia tanto del elemento subjetivo como del objetivo para la existencia de la infracción**»².

Acorde con ello, **en nuestra Ley General Tributaria (LGT), el elemento subjetivo aparece como elemento esencial del tipo, al ser un componente imprescindible de la definición de infracción**. A estos efectos, basta recordar que el artículo 183.1 de la LGT dice que **son infracciones las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia**.

Lo anterior, combinado con el principio constitucional de presunción de inocencia, de inexcusable aplicación en el ámbito sancionador, tiene una consecuencia práctica de una importancia formidable: **la realización del tipo** –que insistimos, encierra en su seno tanto el elemento objetivo como el subjetivo– **y la prueba de dicha tipicidad, corresponde indefectiblemente a la Administración tributaria**. Porque sin ella, no hay ni siquiera infracción.

Y de ahí a la siguiente afirmación solo hay un paso, que además es inevitable: dado que en el tipo se contienen los elementos subjetivos, **el error de tipo, en cuanto comporta la ausencia de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, excluye la propia tipicidad de la acción, si es invencible, por excluir el tipo subjetivo**.

² Sentencia de 4 de marzo de 2004, Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, dictada en recurso 11282/1998, ponente Juan Gonzalo Martínez Micó.

Por eso estamos con quien ha afirmado que la sentencia del Supremo citada *supra* «no acierta a llevar a sus últimas consecuencias la afirmación de que nuestro sistema de sanciones tributarias precisa la concurrencia tanto del elemento subjetivo como del objetivo para la existencia de la infracción, cuando a continuación dispone que no es cierto que sea la Administración la que debe probar la culpabilidad de la conducta de la entidad recurrente: sobre la Administración recae la carga de la prueba de acreditar la falta de ingreso en plazo (elemento objetivo de la infracción) y es a la parte recurrente a la que le correspondía haber acreditado que dicha omisión se justificaba por alguna causa de exclusión de la culpabilidad (error invencible, defectuosa redacción de la norma, dudas en su interpretación, etc.)»; y la sentencia no acierta, porque **la consecuencia de que el elemento subjetivo pertenezca al ámbito de la tipicidad es que la acreditación de dicho elemento subjetivo de la infracción también es carga de la Administración**³. Más coherente con los conceptos que hemos resumido como propios de la dogmática penal que serían aplicables a nuestro Derecho sancionador tributario es, pues, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007⁴, en la que el Alto Tribunal sostuvo que:

«en el enjuiciamiento de las infracciones, es al órgano sancionador a quien corresponde acreditar la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, en este caso de la culpabilidad. Queremos decir con ello que no es la recurrente quien ha de acreditar la razonabilidad de su posición, sino que es el órgano sancionador quien ha de expresar las motivaciones por las cuales la tesis del infractor es claramente rechazable».

Se impone ahora clarificar el concepto de culpabilidad, trazar los contornos del mismo con respecto a términos afines o limítrofes como culpa, negligencia, dolo, elemento subjetivo del ilícito, principio de culpabilidad, principio de responsabilidad o principio de presunción de inocencia.

En efecto, **una cosa es la «culpa» como elemento subjetivo de la infracción, que debe acreditarse por la Administración para que la infracción exista, y otra cosa es la «culpabilidad» en sentido estricto, que tiene que ver con la reprochabilidad, cuya ausencia corresponde acreditar al obligado tributario mediante el recurso al error de prohibición inevitable, si quiere evitar la sanción.** O como de otra forma se ha expresado, «distinta de la cuestión de si el comportamiento es doloso o imprudente (cuestión que afecta a la tipicidad) es la determinación de si y en qué medida es reprochable al autor haberse comportado de forma contraria a la norma»⁵.

Ciertamente no estamos hablando de términos absolutamente dispares o que nada tengan que ver unos con otros. Partimos de una idea que todo lo preside, **la idea de culpa**, que es el eje central del poder sancionador, pues sin su presencia no cabe castigo. Pero descendiendo de las ideas a las palabras, **la palabra culpa** es polisémica: en el artículo 1.902 del Código Civil, la «culpa» comprende el dolo; en el antiguo Código Penal se utilizaba el término «culpa» como sinónimo de imprudencia o negligencia, y en el nuevo se usa exclusivamente el de «imprudencia», solo apareciendo el término «culposo» en el artículo 121, dentro de la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito; en el lenguaje vulgar, «culpa» tiene un sentido muy amplio, como sinónimo de culpabilidad

³ José Antonio CHOCLÁN MONTALVO: «Responsabilidad...», *op. cit.*

⁴ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, del Tribunal Supremo, ponente señor Manuel Garzón Herrero.

⁵ Véase nota 3.

y como causa de lo sucedido. Por su parte, la palabra «dolo» se suele considerar equivalente a «intención», y de hecho, en los códigos penales que utilizan otras lenguas románicas como la italiana o la francesa, «intención» y «dolo» son sinónimos, cuando en sentido vulgar la intención es pensamiento, idea, propósito de hacer cierta cosa, y cuando la palabra «intención» se utiliza también en un sentido amplio como equivalente a «voluntariedad».

Pues bien, **cuando en nuestra LGT se definen sus infracciones como las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia, a mi juicio, la «culpa» no es contemplada sino como uno de los posibles elementos subjetivos del tipo, que puede considerarse sinónimo de imprudencia o negligencia, siendo el otro elemento el «dolo», que puede definirse como la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo**⁶.

Por cierto que la ley que rige la materia sancionadora tributaria no define los términos dolo y culpa, como tampoco el de negligencia, siendo así, que además, no tiene ninguna trascendencia la posible distinción entre una comisión culposa o una dolosa, porque muy lamentablemente, y desde luego en esto no se sigue la dogmática penal, las conductas se castigan igualmente tanto si son realizadas con intención de defraudar, como si se cometen por descuido.

En resumen, cuando hablamos del elemento subjetivo de la infracción hablamos de que para que esta exista se requiere dolo o culpa con cualquier grado de negligencia. O dicho de otra forma, **no es lo mismo la cuestión de si el comportamiento es doloso o imprudente—pues estas son cosas que afectan a la tipicidad—, que la determinación de si y en qué medida es reprochable al autor haberse comportado de forma contraria a la norma—que es lo que se denomina culpabilidad stricto sensu—**. De ahí que la afirmación, que encontramos en múltiples resoluciones del TEAC y de los Tribunales, de que «el sujeto obró con negligencia y por tanto es culpable» encierre una clara confusión conceptual entre tipicidad y culpabilidad.

Trataremos muy someramente de aclarar algún concepto más. Los tipos de lo injusto llevan implícitas normas, mandatos o prohibiciones, cuya infracción determina la **antijuridicidad** de la conducta, de manera que las conductas típicas son antijurídicas salvo que concurra alguna causa de justificación —la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho—, que no considero aplicables en Derecho sancionador tributario.

Lo que sí es importante es la siguiente condición o elemento que debe darse para poderse hablar de la existencia de delito, y por ende de infracción —si hacemos el trasvase conceptual del Derecho penal al sancionador tributario—, que es que además, **la acción o la omisión típica y antijurídica,**

⁶ Ni siquiera el Código Penal define el dolo. Utiliza en ocasiones otros términos para designarlo, como «intención», «malicia», «a sabiendas». En todo caso, es claro que en el concepto de dolo se distingue un elemento intelectual (consiste en la conciencia o conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo, exige conocimiento de la peligrosidad de la acción *ex ante*, la previsión del curso causal entre la acción y el resultado...), y por eso, el error sobre un elemento del tipo (si el sujeto ignora o cree erróneamente que no concurre en su conducta un elemento del tipo) excluye el dolo; y un elemento volitivo (elemento que se deduce del término «intención» que utiliza el Código Penal y que concurre cuando el sujeto quiere el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción). Para el concepto de dolo, así como para el concepto de delito y sus elementos, hemos seguido un manual básico de Derecho penal, el *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito*, de José CEREZO MIR, Tecnos, 2002.

ha de ser culpable. Porque si la culpabilidad es un elemento esencial del delito, también lo es de la infracción. Pero, ¿qué significa *culpabilidad* exactamente, como elemento adicional de la infracción, cuando ya hemos incluido la culpa entre los elementos que conforman la tipicidad? A mi juicio, la respuesta puede resumirse en que **solo cuando la acción u omisión típica y antijurídica sea culpable, es decir, cuando le pueda ser reprochada a su autor, podrá constituir delito o infracción.**

O dicho de otra forma, que cuando se analiza la culpabilidad han de dejarse atrás las cuestiones relativas al tipo –incluida la de si la acción u omisión es dolosa o imprudente–, y a la antijuridicidad, para sostener que, por más que la acción o la omisión sean típicamente antijurídicas, han de verse las **condiciones determinantes de responsabilidad**, pues si estas no existen, no cabe imputación; para que haya culpabilidad, **ha de poder reprocharse al sujeto no haberse comportado de otro modo**, lo que presupone capacidad de culpabilidad, conciencia de la ilicitud y exigibilidad. Muy en síntesis y en sentido amplio, **el término culpabilidad se contrapone al de inocencia.**

Podrá entenderse ahora mejor por qué no debe confundirse el elemento subjetivo del tipo con la culpabilidad, que al menos en Derecho penal son cosas bien distintas. Hay elementos subjetivos que pertenecen a lo injusto y elementos subjetivos que pertenecen a la culpabilidad. Acorde con lo que venimos exponiendo, **pertenecen a lo injusto aquellos elementos sin los cuales no se puede determinar la conducta prohibida por la norma, mientras que pertenecen a la culpabilidad aquellos que influyen únicamente en la medida de la reprochabilidad**, siendo así que –a mi modo de ver– si trasvasamos las categorías penales al Derecho sancionador tributario, **la única causa de inculpabilidad que podríamos aplicar en este ámbito sería el error de prohibición invencible⁷, que operaría cuando, aun no siendo razonable la interpretación dada por el sujeto a la norma, este hubiera obrado en la creencia de que estaba realizando la interpretación adecuada.** Se me ocurre que este sería propiamente un caso de error que afectaría a la culpabilidad.

Sin embargo, **en la generalidad de los casos, cuando en Derecho tributario hablamos de que el obligado ha actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma** y que por tanto no cabe sanción, la exención de responsabilidad no obedece, siguiendo la dogmática penal y trayéndola a nuestro ámbito, a una exclusión de la culpabilidad, sino a que **desaparece precisamente la relevancia típica del comportamiento**, o lo que es lo mismo, que es una cuestión que se residencia en el estadio previo de la tipicidad. En definitiva, que la tan manida fórmula de *la interpretación razonable de la norma* no es una cuestión de culpabilidad en sentido propio, a pesar de que siempre se asocia a esta categoría dogmática, sino más bien de un problema de atipicidad o, como dirían los penalistas, de actuación desarrollada en un ámbito de riesgo permitido.

Aclarado lo anterior, no puede sino compartirse la reflexión de quien sostiene que, aunque la previsión del artículo 179.2 d) de la Ley 58/2003 (que es la que prevé que las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, y que en particular así se entenderá cuando se haya amparado el contribuyente en una interpretación razonable de la norma)

⁷ No serían de aplicación otras como el estado de necesidad o el miedo insuperable, ni las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad o de imputabilidad como la anomalía o alteración psíquica, la intoxicación, la grave alteración de la conciencia de la realidad.

es «encomiable», «su utilización inadecuada por la Administración y, en buena medida, por los Tribunales de justicia ha desvirtuado su sentido inicial, el de dar carta de naturaleza al error invencible de prohibición, excluyendo la responsabilidad, cualquiera que fuera la solución definitiva al problema jurídico subyacente, si la discrepancia se residenciaba en una interpretación defendible en Derecho»⁸.

Tampoco pueden sino transcribirse las siguientes palabras, ciertamente clarificadoras, que además se hacen especialmente interesantes si tenemos en cuenta la condición de Inspector de Hacienda del Estado de su autor: «Lo normal es que sea fácil demostrar la imprudencia, y aún a veces el dolo, por deducción lógica de los hechos realizados u omitidos que consten en el expediente. Pero **la culpabilidad determinante de responsabilidad es algo distinto del tipo, un plus de concurrencia de elemento necesario, por lo que la prueba de producción de esta circunstancia debe constar, asimismo, en el expediente.** Cuando el artículo 33.2 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes dice que «corresponde a la Administración tributaria la prueba de que concurren las circunstancias que determinan la culpabilidad del infractor...», hay que entender que **no bastará con que se pruebe la existencia del tipo (doloso o imprudente) y, en su caso, de la no concurrencia de causa de justificación, sino que debe quedar claro que existe responsabilidad del autor, es decir, que tiene capacidad para ostentarla, conocimiento de la antijuricidad (ausencia del error de prohibición) y que no le es exigible otra conducta**»⁹.

Quien así se pronuncia ha utilizado el término de «**culpabilidad responsable**» para referirse a ese juicio individual que ha de hacerse sobre los hechos y las normas, que será trascendente si conduce a una interpretación errónea. Se insiste en que la duda razonable no puede conducir a la sanción, por más que los resultados de una interpretación errónea no se adecuen a la normativa vigente; que **no estamos ante un problema de imprudencia o de diligencia, cuando hablamos de inimputabilidad o de falta de capacidad de responsabilidad, sino que lo que debe enjuiciarse es la decisión individual adoptada por el sujeto, para verificar si sus criterios, que pueden no ser correctos, son exculpadores.** «Por supuesto que puede concurrir dolo o imprudencia, puesto que estos elementos conforman el tipo infractor; pero no basta con ello, sino que hay que llegar más lejos, examinando cuál ha sido la actitud del rebelde o del negligente ante el deber que la norma le impone, siquiera en su contexto interpretativo o en su finalidad»¹⁰.

Como el autor de una infracción solo puede sufrir el consiguiente reproche cuando sea culpable, **el ordenamiento tipifica unas causas de exclusión de la responsabilidad, de manera que, habiéndose cometido la infracción, las consecuencias de la misma no sean imputables o repro-**

⁸ Francisco José NAVARRO SANCHÍS: *La deuda fiscal. Cuestiones candentes de Derecho Administrativo y penal*, Temas La Ley, Madrid, noviembre 2009, pág. 129.

⁹ Antonio MORILLO MÉNDEZ, en su artículo «Culpabilidad y sanción tributaria», *Impuestos*, 1998, Ref. D-91, tomo 2. Al menos al momento de su publicación, el autor era Inspector de Hacienda del Estado.

¹⁰ Antonio MORILLO MÉNDEZ: «Culpabilidad...», *op. cit.* En sus palabras: «Si por la sola concurrencia de un tipo doloso o imprudente puede declararse responsable a un presunto infractor, se está acortando parte del necesario camino; es necesario, sin embargo, que materialmente exista capacidad, y esta desaparece ante el error, la imposibilidad de tomar decisiones, etc.». Por eso el autor habla de la «culpabilidad responsable», como categoría independiente, que «permite el examen de materias trascendentes, tales como la confesión de parte admitiendo su responsabilidad, la prueba administrativa de hechos negativos y la indispensable prueba de la culpabilidad en sentido estricto, vinculados todos ellos a la presunción de inocencia; así como la minoría de edad, los estados de alteración mental, la no exigibilidad de otra conducta, el error de prohibición, etc.».

chables a su autor. Nuestra LGT enuncia flamantemente en el 179.2 d) la interpretación razonable de la norma como excluyente de la responsabilidad. También excluye, en el resto de letras del mismo precepto y número, la responsabilidad de quienes carecen de capacidad de obrar en el ámbito tributario, la de quienes salvan su voto en el seno de una decisión colectiva de la que se derive una infracción, así como los casos de fuerza mayor y aquellos que sean imputables a deficiencias técnicas de los programas informáticos de asistencia facilitados por la Administración tributaria para el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Pero la invocación de la interpretación razonable de la norma es tan utilizada, que en la práctica, la exclusión de la culpabilidad se restringe a que la Administración acepte que concurre esta circunstancia. En una simplificación que considero inaceptable, en la mayoría de los acuerdos sancionadores puede observarse cómo para la Administración, si hay interpretación razonable de la norma, y solo si hay interpretación razonable de la norma, no hay culpabilidad.

Por supuesto que cuando el sujeto ha actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma, o ha ajustado su comportamiento a los criterios manifestados por la Administración en publicaciones, comunicaciones o consultas, es indudable que ha puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Si habláramos con los conceptos propios del Derecho penal diríamos que ha cometido un error invencible de prohibición.

Pero el artículo 179 de la LGT solo se refiere al error relativo a la interpretación de la norma, sin previsión acerca del error sobre el hecho mismo de la infracción. Es decir, ¿qué sucede cuando el sujeto, por error, ni siquiera se plantea la aplicación de la norma? Se explica desde el Derecho penal que «cuando se trata de discernir sobre el conocimiento de elementos de carácter normativo del tipo de la infracción (como el deber fiscal, su existencia, su alcance) estamos generalmente ante la problemática de un error de tipo que excluye el dolo, y sin perjuicio de la sanción por imprudencia. Pero la negligencia (como caso de error de tipo vencible) es una cosa distinta de la razonabilidad o no de la interpretación de la norma, que a menudo se confunde. Y, en cualquier caso, **no siempre que se constate el error de hecho la solución es la apreciación de la negligencia, pues ello dependerá de la vencibilidad del error**»¹¹.

Este juicio acerca de si el error de tipo es o no vencible, esto es, acerca de si hay imprudencia, corresponde hacerlo a la Administración tributaria de forma motivada, y huir del automatismo de asociar la negligencia a la infracción de la norma. Lo que no es admisible es que esta se limite a decir que dado que la norma es clara, no cabe hablar de dificultad en su interpretación, o que lo razonable quede como algo que solo pertenece al juicio de quien sanciona. Eso sí, la ventaja de esta formulación es que «el comprobado puede zafarse de la responsabilidad si, utilizando la imaginación, puede reconstruir a posteriori una explicación satisfactoria»¹².

Corresponde ahora dedicar unas líneas a distinguir, del concepto de culpa y del de culpabilidad, el principio de culpabilidad o de responsabilidad, íntimamente relacionado con la presunción

¹¹ José Antonio CHOCLÁN MONTALVO: «Responsabilidad tributaria...», *op. cit.*

¹² Francisco José NAVARRO SANCHÍS: *La deuda fiscal*, *op. cit.*, pág. 131.

de buena fe y con el principio de presunción de inocencia, todos ellos principios de la potestad sancionadora que apenas de forma deslavazada y no siempre explícita se encuentran en el Derecho sancionador tributario.

El **principio de culpabilidad**, principio general del Derecho, universal y aplicable a todo el ejercicio de la potestad sancionadora, que tiene carácter informador del Ordenamiento jurídico y valor interpretativo del mismo, de acuerdo con el artículo 1 del Código Civil, **no se proclama expresamente ni en nuestro Código Penal ni en nuestra LGT**. Es el principio formulado como «no hay pena sin culpabilidad», que deriva del aforismo latino *nulla poena sine culpa*.

El principio de culpabilidad no se circunscribe a dicho brocardo, que obviamente debe ser invocado y desarrollado cuando se impugne una sanción, sino que se asocia con otros principios y derechos, a los que mínimamente nos referiremos, para arrojar ideas sobre las que fundamentar unas alegaciones dirigidas a anular una sanción. Así, y sin ánimo de exhaustividad, podemos decir que el principio de culpabilidad puede considerarse vulnerado cuando se haya transgredido el **principio de personalidad de la pena** del artículo 25.1 de la Constitución, y ha de ponerse en relación también con el **derecho a la presunción de inocencia y a no autoincriminarse o confesarse culpables** del 24.2 del mismo Texto Constitucional. Además, guarda relación con la **prohibición de la responsabilidad por hecho ajeno**, principio recogido en el 130 de la Ley 30/1992, que exige que el autor sea culpable del hecho cometido por él y no por otro; y con el **principio de proporcionalidad**, enunciado en el 178 de la LGT y en el 131.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor, en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. Tampoco pueden castigarse formas de ser, personalidades, sino solo conductas o hechos, lo que se alegrará con el título de vulneración del **principio de responsabilidad por el hecho propio** del Derecho penal.

A pesar de su trascendencia e innegable importancia, nada se dice en la LGT acerca del principio de culpabilidad, ley que sin embargo, de modo ciertamente «decepcionante», lo que hace es recoger tanto en el artículo 178 como en el 179, el **principio de responsabilidad**, calificado como «eufemismo» que «no puede suplir con éxito la insólitamente abandonada **presunción de buena fe** a la que se refería el artículo 33 de la Ley 1/1998»¹³.

El término «responsabilidad» tampoco parece el más adecuado, si con él se quería hacer referencia al principio de culpabilidad al que supuestamente sustituye, puesto que, como decíamos antes a propósito de la culpa, también la «responsabilidad» es una palabra polisémica, incluso en Derecho, en el que con ella se alude a institutos completamente ajenos a la idea de culpabilidad. Responsabilidad es, en sentido vulgar, la cualidad de ser responsable, es decir, del que es consciente de sus obligaciones; es también la obligación que resulta de esta; es la capacidad para responder; en

¹³ Francisco José NAVARRO SANCHÍS: *La deuda fiscal*, op. cit., pág. 58, así califica su plasmación, como decepcionante, comentando que tampoco con dicho principio se suple «la ausencia del principio universal de culpabilidad que tantas afrentas conoce en la nueva LGT». Sigue el magistrado afirmando que «se echa de menos en la regulación positiva un cuidado por los derechos de los contribuyentes, que parecen aceptados de mala gana y con un aire ciertamente defensivo», y que «al intérprete corresponde corregir esa cierta astenia de la ley». En cuanto a la utilización del término «responsabilidad», el autor también la califica de «claramente inadecuada» (pág. 98).

el Código Civil se habla de ella como del deber de afrontar las consecuencias de actos dolosos, negligentes, como modo en que se garantiza el cumplimiento de las obligaciones; ni que decir tiene lo diferente que es esta responsabilidad de la institución que se regula en la LGT en los artículos 41 y siguientes. Realmente se ha escogido un término equívoco, aunque debe reconocerse que es el que ya había utilizado la Ley 30/1992 en su artículo 130.

No obstante, la mayoría de la doctrina ha considerado que en el 178 y 179 de la LGT se contiene el principio de culpabilidad, o que el principio de culpabilidad abarcaría el elemento subjetivo de la responsabilidad ¹⁴, porque el principio de responsabilidad hace referencia a la imputación del sujeto, en el sentido de que el obligado tributario solo podrá responder de los hechos constitutivos de infracción que le sean imputables. Hay para quien el principio de responsabilidad es la versión matizada en la LGT del principio de culpabilidad ¹⁵.

Tampoco se recoge en la LGT el principio de presunción de inocencia, elemento vertebrador y a la vez limitativo de la potestad sancionadora, proclamado en el 24 de la Constitución, y que supone que la carga de la prueba incriminatoria la tiene la Administración sancionadora. La ausencia de este principio en la LGT no significa, por tanto, que en Derecho sancionador tributario exista una presunción de culpabilidad o que el administrado tenga la carga de la prueba de su inocencia, pues esta se presume porque así lo garantiza directamente la Constitución. Por su parte, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, bajo el título de «presunción de inocencia» prescribe en su artículo 137, que «los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario».

B. El estado de la cuestión en la práctica y algunas ideas y argumentos de oposición a las sanciones tributarias

Tras haber explicado estas premisas teórico-conceptuales básicas, se hace oportuno entrar a comentar lo que en la práctica está ocurriendo. Así, para justificar la concurrencia del elemento objetivo de la infracción, puede observarse como la Administración, al sancionar, normalmente se limita a decir lacónicas frases del tipo «se entiende que se ha incurrido en infracción porque así lo establece la Ley General Tributaria expresamente» para el incumplimiento de que se trate, sin decir siquiera qué Ley de qué Impuesto se ha vulnerado, es decir, sin mencionar qué obligación se ha incumplido, qué precepto se ha infringido.

¹⁴ Recoge la doctrina al respecto, Montserrat HERMOSÍN en *Procedimiento sancionador tributario*, Thomson Aranzadi y Aedaf, 2008, pág. 43.

¹⁵ José Juan FERREIRO LAPATZA: *Derecho tributario: parte general*, volumen II, Marcial Pons, 2004, pág. 202: «bajo la expresión principio de culpabilidad pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen en común exigir como presupuesto de la pena que pueda culparse a quien la sufre del hecho que la motiva». El profesor explica que para ello es preciso que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos (principio de personalidad de las penas), que no se castiguen formas de ser, personalidades, sino solo conductas, hechos (principio de responsabilidad por el hecho), y que ese hecho haya sido querido o se haya debido a imprudencia; por último, para que pueda considerársele culpable, ha de poder atribuírsele normalmente a este, como producto de una motivación racional normal (principio de imputación personal o de culpabilidad en sentido estricto).

Decir que algo es infracción porque lo dice la LGT, debe reconocerse que es como no decir absolutamente nada, pues es obvio, por aplicación del principio de legalidad, que solo puede sancionarse con arreglo a la ley, y es también obvio, por aplicación del de tipicidad, que solo es infracción lo que está recogido en una ley, siendo por lo demás evidente que solo habrá infracción cuando la conducta sea consecuencia de la inobservancia de un deber y que la ley que aplica en nuestra materia es la LGT. Por eso, es incuestionable **que para dar cumplimiento a estos dos principios constitucionales esenciales en el ámbito sancionador –legalidad y tipicidad–, y para, en definitiva, que el acuerdo sancionador pueda reputarse válido por contener el esencial elemento objetivo de la infracción, lo que debe hacer la Administración tributaria es describir las conductas y subsumirlas en las normas sustantivas que en concreto se han vulnerado, no bastando en absoluto para la validez del acto sancionador con la cita de los artículos 191 y siguientes de la Ley 58/2003.**

Esto es, si se ha cometido un incumplimiento, formal o material, de una norma relativa a un tributo, debería citarse dicha norma, al menos; explicarse cuál es la obligación incumplida, por qué le afecta al sujeto la normativa aludida y por qué concurren los presupuestos para su exigencia. Como con más acierto se ha expresado, «si la infracción tiene dos elementos sustantivos, el presupuesto de hecho o conducta merecedora de reproche social y el de su legítima consecuencia, la sanción, en la infracción tributaria el presupuesto de hecho no es una acción material y fácilmente perceptible como conducir a velocidad excesiva o arrojar vertidos a un río, sino que es, a su vez, un acto jurídico complejo, necesitado de una valoración previa, extra sancionadora, que es también una valoración jurídica, sin la cual no puede la conducta sujeta a sanción ser adecuadamente configurada. Es decir, **la conducta que castiga la ley tributaria es, a su vez, un acto jurídico que, además de infringir la norma sancionadora, vulnera la ley material que define los deberes tributarios.** En definitiva, la ley penal tributaria es, de ordinario, una norma en blanco, aunque no se exprese formalmente como tal. Así, cuando el artículo 191.1 de la LGT tipifica la conducta dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, la infracción no la determina la sola aplicación de la norma transcrita, sino que resulta de la integración con otra norma no sancionadora que disciplina el deber tributario y su alcance»¹⁶.

En multitud de casos, la Administración omite incluso cualquier consideración al respecto de esa ley no sancionadora que define el deber tributario que se entiende vulnerado, y viene a decir una evidencia que en ningún caso supone motivación de que concurra el esencial elemento objetivo de la infracción: que la conducta es sancionable porque así lo establece la LGT. Ello al margen de que la constatación de que se ha cometido infracción porque se ha eludido una obligación impuesta por una norma tributaria no es algo tan simple como la Administración pretende, teniendo en cuenta la dificultad y la cantidad de obligaciones que contiene nuestro Ordenamiento tributario.

Ante esta manera de imponer sanciones suele aducirse, genéricamente, «falta de motivación», una de las más conocidas carencias del sistema sancionador; o que el hecho de que no se citen los preceptos que establecen la obligación tributaria que subyace, en toda su extensión y alcance, supone «indefensión». Creo que pueden añadirse a estas alegaciones las consideraciones que hemos verificado a raíz de importar la dogmática penal a nuestra materia, y así, que podemos fundamentar:

¹⁶ Francisco José NAVARRO SANCHÍS: *La deuda fiscal...*, op. cit., pág. 96.

- Que **no consignar siquiera el elemento objetivo de la infracción provoca la nulidad de pleno derecho del acto impugnado por vulneración del principio de tipicidad**, lo que debería conllevar la inmediata declaración de ineficacia del acuerdo sancionador.
- Que **debe entenderse que no se consigna el elemento objetivo cuando solamente se citan los artículos 191 y siguientes de la Ley 58/2003, pero no se mencionan, detallan, explican y acomodan al caso concreto los preceptos que establecen los deberes tributarios, materiales o formales, que se reputan infringidos**.
- Que, además, la infracción tributaria no se basa en un hecho de la realidad fácilmente observable, sino en el incumplimiento de un deber impuesto por una norma jurídica, algo que incuestionablemente debe acreditarse para poder considerarla cometida.
- Que dado que cualquier incumplimiento de cualquier deber puede ser considerado infracción tributaria, y que en muchas ocasiones es tarea imposible el saber con certeza y con antelación a la realización del hecho si una conducta constituye infracción, en estos casos ha de denunciarse la **inseguridad jurídica** que ello supone por la **falta de la necesaria certeza que exige la tipicidad**, que se puede poner también en relación con el principio de culpabilidad y desde luego conectarlo con la prohibición de indefensión.

Dicho esto pasamos al segundo argumento que suele y debe emplearse para recurrir una sanción, que es precisamente el que la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2010 aborda extensamente, y que consiste en analizar la concurrencia, en el acto sancionador que se impugna, del **elemento subjetivo de la infracción y el respeto al principio de culpabilidad**.

Ya hemos señalado que en el Derecho administrativo sancionador no se maneja un concepto moderno del instituto de la culpabilidad, y evidenciado como en ocasiones se confunde el principio de culpabilidad con la culpabilidad como categoría dogmática o como elemento de la infracción; que se ignora que los aspectos subjetivos de la infracción pertenecen al tipo de la infracción y que solo lo relativo a las motivaciones puede pertenecer a la culpabilidad en sentido propio. Por eso hemos tratado de perfilar determinados conceptos, porque una clara delimitación de los mismos y un correcto manejo de las diferentes categorías tiene especial trascendencia en problemas tan eminentemente prácticos como el de la determinación de la carga de la prueba.

En este sentido, hemos concluido que, si bien es cierto que **conceptualmente la ausencia de culpabilidad debe ser acreditada por el infractor, esta afirmación es válida en la medida en que previamente se haya determinado de modo suficiente la realización del tipo –objetivo y subjetivo– de la infracción, y la prueba de la tipicidad, aunque alcance a aspectos subjetivos, corresponde a la Administración tributaria**»¹⁷.

Hemos escrito unas líneas más arriba que la consecuencia de que el elemento subjetivo pertenezca al ámbito de la tipicidad es que corresponde a la Administración la carga de acreditar dicho elemento subjetivo de la infracción. Como se lamenta la doctrina, «este reconocimiento de la nece-

¹⁷ José Antonio CHOCLÁN MONTALVO: «Responsabilidad tributaria...», *op. cit.*

saría presencia del elemento intencional –dolo o culpa– en la comisión de la infracción debiera haber venido acompañado de un explícito reconocimiento de la presunción de inocencia, que determina que deba ser la Administración quien pruebe la concurrencia de las circunstancias que determinan la culpabilidad del infractor en la comisión de infracciones tributarias»; y sin embargo, lo que tenemos en la práctica es un casi absoluto «automatismo administrativo»; «se inician los expedientes administrativos en todo caso, prescindiendo de los elementos fácticos o jurídicos que se hayan apreciado en la tramitación del procedimiento de comprobación previo», con lo que «se ha desvirtuado la necesaria apreciación de la concurrencia del elemento intencional hasta casi hacerla desaparecer, convirtiendo la imposición de sanciones en una reacción del ordenamiento que se produce, prácticamente, de forma objetiva, asociándose a cualquier comportamiento cuyo resultado haya sido dejar de ingresar todo o parte de una deuda tributaria»¹⁸.

Por tanto, lo primero que debe recordarse a la Administración, cuando se recurre una sanción, es que **no cabe adoptar en Derecho tributario sancionador el principio de responsabilidad objetiva**. Este razonamiento ha sido constatado por el Tribunal Constitucional en su imprescindible Sentencia 76/1990, de 16 de abril, en la que ya declaró que:

«no existe [...] un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones ni nada ha cambiado respecto la Ley 10/1985. Por el contrario, y con independencia del mayor o menor acierto técnico de su redacción, el nuevo artículo 77.1 sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la posibilidad de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente [...]».

Como es sabido, esta sentencia se dictó con ocasión de la impugnación directa de la reforma de la LGT de 1985, en la que se decía que las infracciones son sancionables aun a título de simple negligencia. Y no se negará que hay unanimidad en considerar que la modificación del concepto de culpabilidad introducida en el artículo 77 de la LGT por la Ley 10/1985, de 26 de abril, no puede interpretarse como abdicación por el legislador del principio de responsabilidad subjetiva. De hecho, el Constitucional entendió que con dicha mención imprescindible a la negligencia quedaba salvaguardada la exigencia del elemento subjetivo de la culpabilidad.

Otra de las sentencias emblemáticas en esta materia, que declara, como no podía ser de otra manera, la **perentoria necesidad de motivar adecuadamente la culpabilidad**, es la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2005, de 20 de junio, en la que señala que:

«no se puede por el mero resultado y mediante razonamientos apodícticos sancionar, siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que esta se infiere».

Ciertamente, y como con gran claridad se ha explicado, **al haberse acogido nuestro legislador a la técnica de la tipificación concreta de cada una de las conductas que considera infracción tributaria, y al haber configurado como infracción el incumplimiento de un deber –en lugar de**

¹⁸ Juan MARTÍN QUERALT, Carmelo LOZANO SERRANO, José Manuel TEJERIZO LÓPEZ, Gabriel CASADO OLLERO: *Curso de derecho financiero y tributario*, 21.ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pág. 497.

haber optado por la técnica de la ocultación, en la cual la infracción responde a una actividad del sujeto tendencialmente dolosa o culposa que permite excluir las formas más débiles de culpabilidad—, lo que tenemos es un sistema de infracciones y sanciones enormemente complejo, que al describir los tipos infractores de un modo prácticamente objetivo, está llamado naturalmente a la litigiosidad ¹⁹.

En efecto, esta pretensión de minuciosidad en la redacción de los tipos ha supuesto inexorablemente que las normas no gocen de la imprescindible y deseable claridad, y de esta manera, lo que en un principio se ideó como un conjunto de normas sancionadoras de fácil aplicación para los órganos administrativos, en la práctica ha supuesto un **escandaloso automatismo en la imposición de sanciones que ha desencadenado una vorágine de recursos y reclamaciones basados en la falta de prueba del elemento de la culpabilidad, que finalmente ha terminado por proporcionar una doctrina jurisprudencial abrumadora, sólida, inequívoca e imprescindible, que la Administración se empeña en desoir y los ciudadanos, lógicamente, en invocar**. Como muy acertadamente dice con ironía una sentencia, «evitando la innecesaria reseña de doctrina general sobre la aplicación de ese principio, tan conocida como sistemáticamente inaplicada, debe resumirse la cuestión señalando que, en suma, la culpabilidad debe ser apreciada, en principio, en las infracciones administrativas en función de la voluntariedad del sujeto infractor en la acción u omisión antijurídica» ²⁰.

En mi modesta opinión, y si bien esta reflexión no es desde luego el objetivo de este trabajo, **no parece que, así, el Derecho sancionador tributario esté siendo útil**, y lo digo en el entendido de que la norma debe servir a la función de orden social que el Derecho debe cumplir ²¹, bajo el presupuesto de que el bien jurídico protegido, el dinero público, está siendo sistemáticamente cuestionado, y con la vista puesta en el fin primordial al que debe servir el derecho sancionador, como *ultima ratio* para prevenir y castigar conductas, que debería ser acorde con el principio de excepcionalidad del castigo, para dar satisfacción al principio de intervención mínima, y no como mero instrumento recaudatorio.

Quiero decir: las normas sancionadoras son en esencia leyes penales, pero desde el punto de vista teleológico sirven directamente a la consecución de los fines propios del Derecho tributario y se orientan a conseguir de este una mayor eficacia. Tienen una doble naturaleza. Su finalidad consiste en hacer cumplir las obligaciones fiscales, sancionar el incumplimiento de estas, remover las voluntades adversas

¹⁹ Jaime ANEIROS PEREIRA: *Las sanciones tributarias*, Marcial Pons, 2005, págs. 61 a 63. Explica cómo las dos posibilidades (la técnica de la ocultación y la técnica de la tipificación como incumplimiento de un deber) fueron planteadas en el seno de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la LGT. Se muestra partidario de la técnica de la ocultación que presentaría un enfoque más culpabilístico de los actuales tipos, centrados exclusivamente en el resultado.

²⁰ Fundamento jurídico octavo de la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2010, dictada en recurso 454/2007.

²¹ Como se dice en el *Informe sobre la simplificación del ordenamiento tributario*, realizado por el grupo de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, editado por Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2008, pág. 15, las normas estarán bien construidas cuando cumplan los requisitos mínimos e indispensables para la utilización de cualquier instrumento técnico o herramienta, cuando sean aptos para el uso o utilidad para el que se han construido y cuando su utilización sea posible allí donde hayan de emplearse. La norma ha de delimitar del modo más preciso posible la acción o comportamiento social que se prohíbe, pero, además, la forma y el contenido de la norma deben ser adecuados al fin propuesto, y ha de poder ser utilizada en el ámbito jurídico delimitado por la Constitución, no pudiendo contradecirla ni desconocerla. El regreso a tipos de infracciones centrados de forma expresa en la ocultación aumentaría sin duda la seguridad jurídica de los contribuyentes, reduciría la conflictividad y evitaría la indeseable utilización de las sanciones como arma de presión sobre el contribuyente.

a la contribución al sostenimiento de los gastos públicos y, en definitiva, advertir a los contribuyentes de que se deben abstener de eludir tales obligaciones. ¿Sirven en la práctica a este doble o triple objetivo? Como normas tributarias, ¿se encaminan al logro de una mayor eficacia en la determinación de las deudas tributarias y su ingreso en las arcas públicas? ¿Tienden a la realización del principio de contribución, mediante tributos, al sostenimiento de los gastos públicos? Y, como normas sancionadoras que también son, ¿protegen los derechos de los ciudadanos?, ¿limitan el poder sancionador de la Administración?, ¿sirven para prevenir el incumplimiento, para favorecer el cumplimiento voluntario, y como toda norma jurídica, para alcanzar un orden social y su restablecimiento cuando este ha sido conculcado?

No parece. Como venimos diciendo, la enunciación legal de los principios y garantías por los que se rige el Derecho sancionador tributario, no se corresponde en absoluto con su articulación práctica, siendo en el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración donde queda de manifiesto una más que limitada identificación con tales reglas estructurales ²². Por otra parte, la norma sancionadora tributaria se revela en la práctica ineficaz para restablecer el orden jurídico tributario vulnerado ²³.

El preámbulo de la Ley 25/1995, de 20 de julio, que expresa que con la reforma de infracciones y sanciones se pretende el hallazgo de un régimen «que sintonice con la realidad social» y cuya regulación «sea eficaz y contribuya a disminuir la litigiosidad» y «a fomentar una mejor aceptación social del sistema tributario, favorecedora del cumplimiento voluntario», y su contraste con la realidad abrumadora en nuestro país del automatismo en la imposición de sanciones y de la sistemática táctica del recurso contra las mismas, así como con el elevado porcentaje de sanciones que son anuladas por nuestros tribunales, es una prueba de este fracaso.

Porque, como he dicho en otra parte, «el problema es que como el sujeto tiene derecho a buscar la aplicación del Derecho que le sea más favorable, la discusión sobre la interpretación de las normas está servida en los Tribunales de justicia» ²⁴. Y así, la conflictividad tributaria en España es hasta 10 veces superior a la de países de nuestro entorno con poblaciones numéricamente muy superiores a la nuestra como Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Alemania o Italia; y no puede soslayarse el alarmante e indeseable dato de que hay unos 150.000 pleitos al año solo en tributos de titularidad estatal o gestionados por el Estado, de los cuales, más de la mitad acaban reconociendo la razón al contribuyente; entre otras cosas, porque si bien la Administración, intenta solucionar los

²² Reflexiona sobre estas cuestiones Francisco José NAVARRO SANCHÍS en *La deuda fiscal...*, *op. cit.*, págs. 47 y ss., quien dice que «la incorporación de los cánones penales al terreno sancionador ha sido incompleta, asistemática y claudicante», quien se lamenta, como ejemplo, de «la notable deficiencia técnica con la que se aborda el principio de culpabilidad», y quien denuncia que «los propios Tribunales de justicia han participado, en cierta medida, de esta concepción», que «descansa sobre un peculiar sistema de exclusiones de la responsabilidad que, precisamente por la manera en que son formuladas, parecen partir de una especie de presunción de culpabilidad que solo puede ser destruida acreditando que, efectivamente, concluyen algunas causas de exclusión», concepción «obediente a inercias históricas que resisten no solo el paso del tiempo sino la regulación de los principios en las reformas legislativas, las cuales, en esta singular parcela del *ius puniendi* del Estado, parecen más sólidamente arraigadas y, por ende, más difíciles de erradicar».

²³ Antonio MORILLO MÉNDEZ, en «Culpabilidad...», *op. cit.*, habla de la «ineficacia tradicional de la norma sancionadora tributaria para restablecer el orden jurídico tributario conculcado, por vía de prevención general».

²⁴ Nuria PUEBLA AGRAMUNT: «Garantías y principios generales del derecho administrativo sancionador», en *V Congreso tributario: cuestiones tributarias problemáticas y de actualidad*, Estudios de Derecho judicial, 156/2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pág. 63.

problemas aumentando las sanciones, y el legislador, con ella, ha desplazado el tipo de la ocultación al «dejar de ingresar», haciendo posible la equiparación de la discrepancia en la calificación con la «simple negligencia», **los Tribunales de justicia han seguido exigiendo, tanto para sanciones como para penas, una ocultación**²⁵, siendo desde luego estos los que han ido sentando las bases para que el Derecho sancionador tributario se vaya equiparando no solo al Derecho penal sino al Derecho administrativo sancionador común de la Ley 30/1992.

Volviendo a la jurisprudencia que debe invocarse al recurrirse una sanción, es imprescindible reseñar que el principio de culpabilidad ha sido destacado como esencial por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Sentencias, entre otras, de 6 de julio de 1995, de 28 de febrero, 13 de abril y 26 de septiembre de 1996, y de 26 de julio y 9 de diciembre de 1997²⁶, que se han reiterado a lo largo de los años y que ahora se expresan incluso con mayor rotundidad, pudiendo destacarse las que se dictaron en 2008 sobre este particular: las imprescindibles de 6 de junio de 2008, 17 de octubre de 2008, 4 de noviembre de 2008 y 5 de noviembre de 2008, en las que se sostiene que **el principio de culpabilidad excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente**.

Cuando se recurra, debe recordarse que el principio de culpabilidad tiene no solo este *aspecto material* que acabamos de mencionar, sino además su *vertiente procesal*; o dicho de otra manera, que la identidad entre las sanciones penales y administrativas determina que **en el procedimiento sancionador deban ser respetadas las garantías procesales** establecidas en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 24 de la Constitución (CE), refiriéndonos en concreto a la presunción de inocencia.

Conforme a tales normas, y para que un acuerdo sancionador pueda reputarse que no infringe el derecho a la presunción de inocencia, **la culpabilidad debe probarse**. De manera que, cuando no se motiva la concurrencia específica de la culpabilidad, el acto de imposición de sanción es ilegal y por ello debe anularse y dejarse sin efecto. O dicho de otra forma, cuando el **elemento subjetivo está ausente, pues no se ha demostrado la culpabilidad más allá de la mera conjetura y la culpabilidad solo se estima, estamos ante un acto nulo**.

Tampoco está de más explicitar en las alegaciones que el principio de presunción de inocencia, declaró el Tribunal Constitucional en Sentencia de 8 de marzo de 1995, no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución tanto administrativa como jurisdiccional que se base en la condición o conducta de las personas de cuya apreciación derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos. Ello implica imponer al órgano sancionador la carga de la prueba

²⁵ Datos y reflexiones que pueden contrastarse a lo largo de las casi 300 páginas del Informe sobre las relaciones entre la Administración y los contribuyentes y la resolución de conflictos entre ellos, del Grupo de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, publicado bajo el título *La justicia tributaria en España* por Marcial Pons, 2005.

²⁶ El Tribunal Supremo ha establecido el criterio de estimar que «la voluntariedad de la infracción concurre cuando el contribuyente conoce la existencia del hecho imponible y lo oculta a la Administración tributaria, a diferencia de los supuestos en que lo declara, aunque sea incorrectamente, en razón a algunas deficiencias u obscuridades de la norma tributaria que justifican una divergencia de criterio jurídico razonable y razonada, en cuyo caso nos encontraríamos ante el mero error, que no puede ser sancionable».

de la responsabilidad, «sin que sea dado que los jueces que revisan la resolución sancionadora la suplanten impropriadamente o corrijan posibles defectos o deficiencias detectados en fase jurisdiccional», pues la titular del *ius puniendi* administrativo es la Administración, y es a ella «a quien corresponde dar satisfacción a todas las exigencias que nuestro Ordenamiento impone en tal ejercicio»²⁷.

En todo este asunto, no quisiera que se olvidara una premisa, y es que la asignación a la Administración de la facultad de sancionar era una mera opción que tomó nuestro legislador, no algo natural o que es consustancial a la misma; que no es sino una técnica orientada a facilitar su papel como gestora de los intereses públicos, un medio de garantizar la efectividad en el ejercicio de la potestad tributaria, que se justifica por reforzar la autotutela; de manera que, como es la ley la que ha decidido conceder esta competencia a la Administración, sustrayéndosela al juez penal, esta debe someterse íntegramente al estatuto de principios rectores, derechos del reo, garantías procesales y, en general, limitaciones y deberes que hacen de ese ejercicio una actividad rigurosamente reglada y controlada *ex post facto* por los Tribunales de Justicia²⁸.

Pues bien, **cuando asistimos a expedientes sancionadores en los que la pretendida justificación de este elemento de la infracción la realiza la Administración con una mera suposición**, excusando cualquier clase de motivación; cuando nos enfrentamos a actos en los que la culpabilidad simplemente «se deduce», «se estima» o «se aprecia», debemos contestar que este tipo de motivación, al no incorporar razonamiento alguno relativo acerca de por qué se debe considerar culposa una conducta, vulnera las exigencias de los artículos 24.2 y 25 de la Constitución.

Sobre esto se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo, en sentencias en las que, con base precisamente en el principio de presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE, establece que **la prueba (y no la mera suposición) de que se ha actuado con la culpabilidad que exige el 183.1 de la LGT para sancionar, corresponde indiscutiblemente a la Administración tributaria**. Véanse al respecto las imprescindibles Sentencias de 6 de junio de 2008, 29 de septiembre de 2008, 17 de octubre de 2008 y 4 de noviembre de 2008, en las que se insiste en que la Administración debe probar, no solo los hechos constitutivos de la infracción, la participación del acusado en tales hechos y las circunstancias que constituyen un criterio de graduación, sino también la culpabilidad.

Esta doctrina también ha sido invocada, lógicamente, por la Audiencia Nacional y nuestros Tribunales Superiores de Justicia, en sentencias en las que **se insiste en la presunción de buena fe de la actuación de los contribuyentes**, en que **corresponde a la Administración tributaria la prueba de que concurren las circunstancias que determinan la culpabilidad del infractor en la comisión de infracciones tributarias**, y en que sin razón jurídica alguna suele ocurrir lo contrario, es decir, que **asistimos a una especie de presunción de culpabilidad** en los acuerdos sancionadores²⁹.

²⁷ Rafael PÉREZ NIETO: «Principios y garantías de derecho sancionador tributario: culpabilidad, *non bis in idem*, prueba ilícitamente obtenida, derecho a no autoincriminarse», en *V Congreso tributario: cuestiones tributarias...*, *op. cit.*, pág. 38.

²⁸ Es muy recomendable la lectura sobre estas consideraciones del trabajo de F.J. NAVARRO SANCHÍS: *La deuda fiscal...*, *op. cit.*, págs. 26 a 29.

²⁹ Son tantas las sentencias que su cita exhaustiva en el ámbito de este trabajo sería inviable. Como mero botón de muestra puede citarse la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de noviembre de 2010, en recurso 464/2007, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 21 de junio de 2011, recurso 401/2009, de la que fue ponente la señora doña María Antonia Peña Elías.

Más recientemente se ha vuelto a reiterar por el Supremo que **la culpabilidad es un elemento de imprescindible concurrencia, que la Administración sancionadora no solo debe manifestar que concurre, sino que, inexcusablemente, debe probar**, por exigencias obvias derivadas del derecho constitucional a la presunción de inocencia³⁰; que **no puede invertirse la posición que las partes ocupan en el proceso sancionador; que es la Administración quien debe probar que una determinada conducta no es razonable**³¹.

De manera que, a la hora de recurrir una sanción, **el elemento subjetivo o culpabilidad debe ponerse en relación con el principio de presunción de inocencia**, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, y ello implica que **debe recaer todo el peso de la actividad probatoria respecto de la culpabilidad en la Administración**, ya que, como ya reconoció la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/1983, de 21 de diciembre:

«es un derecho fundamental en virtud del cual incumbe a quien acusa aportar las pruebas destructoras de aquella presunción *iuris tantum*, de modo que no puede imputarse, en principio, a un ciudadano la carga de probar su inocencia, pues, en efecto, esta es la que inicialmente se presume como cierta hasta que no se demuestre lo contrario».

La Administración tiene la carga de probar la culpa y ello no lo cumple con los párrafos estereotipados con los que suele tratar de solventar esta exigencia. Y desde luego no lo cumple afirmando, como en muchos expedientes hace, que la sanción debe imponerse «porque a la vista de los antecedentes que obran en el expediente, se aprecia una omisión de la diligencia exigida, ya que la normativa específica establece claramente la obligatoriedad de presentar en plazo la correspondiente declaración aunque no se produzca perjuicio económico».

Y de aquí pasamos a otra cuestión que suele ser el caballo de batalla de muchos recursos y reclamaciones presentados frente a sanciones en las que se ha alegado falta de culpabilidad. Puede afirmarse, como hizo la propia Dirección General de Inspección Tributaria en su Circular de 29 de febrero de 1988, que **la tendencia jurisprudencial ha sido la de «vincular la culpabilidad del sujeto infractor a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas fiscales aplicables»**. Especialmente, sigue la Circular, «cuando la Ley haya establecido la obligación a cargo de los particulares de practicar operaciones de liquidación tributaria, la culpabilidad del sujeto infractor exige que tales operaciones no estén respondiendo a una interpretación razonable de la norma tributaria, pues si bien esa interpretación puede ser negada por la Administración, su apoyo razonable, sobre todo si va acompañado de una declaración correcta, aleja la posibilidad de considerar la conducta como infracción tributaria aunque formalmente incida en las descripciones del artículo 79 de la misma Ley General Tributaria».

En efecto, la Administración suele justificar sus acuerdos sancionadores en otra conocida frase, que más o menos viene a ser la siguiente: «Las alegaciones o la interpretación dada a la normativa apli-

³⁰ Entre otras muchas, véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 30 de septiembre de 2010, en recurso 4498/2005, o la más explícita y contundente de 22 de septiembre de 2010, en recurso 5781/2005.

³¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), en Sentencia de 11 de noviembre de 2010, recurso de casación núm. 3989/2005.

cable no amparan una exoneración de la responsabilidad tal y como se ha razonado anteriormente, sin que tampoco se puedan apreciar otras causas de exoneración de la responsabilidad previstas en la Ley General Tributaria».

Ante esta manera de sancionar ha de contestarse contundentemente. Por un lado, que la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sostenido desde antiguo **que la comisión de errores de derecho en las liquidaciones tributarias no debe ser objeto de sanción en la medida en que el error sea razonable y la norma ofrezca dificultades de interpretación, siempre que el sujeto pasivo hubiere declarado o manifestado la totalidad de las bases o elementos integrantes del hecho imponible** (Sentencias de 7 de mayo de 1993 y 8 de mayo de 1997, entre otras).

Además, que quizás lo que subyace es un problema no tanto de interpretación de las normas jurídicas en juego, cuanto de prueba suficiente de los hechos que habilitan a la recurrente la obtención de un beneficio fiscal, por ejemplo, lo que hace especialmente inidóneo el examen de la citada cláusula de exoneración de la responsabilidad para verificar si concurre o no la culpabilidad, **no pudiendo justificarse la sanción en la mayor o menor facilidad de la norma para ser interpretada, según la visión unilateral e interesada de los órganos de la Administración actuantes**³².

Pero por otro lado, que aun siendo cierto que legalmente **no cabe apreciar culpabilidad cuando el obligado tributario se ampara en una interpretación razonable de la norma** y que así lo preceptúa el artículo 179.2 d) de la LGT de 2003 (cuando, como con acierto se ha dicho, no hacía falta que la ley dijera tal cosa expresamente³³), que ha sido reiteradamente aplicado por los tribunales, como lo hacía el 77.4 d) de la LGT de 1963³⁴, no es menos cierto que **esta no es la única causa de exoneración de la responsabilidad**, y que el hecho de que la ley establezca una causa de exención o exclusión de la culpabilidad, ejemplificando el supuesto en que el interesado se haya amparado en una interpretación razonable de la norma, no agota todas las hipótesis de ausencia de culpabilidad, en el sentido de que, si no es apreciable esa «interpretación razonable», quepa presumir la culpabilidad. De ahí que su plasmación por la Administración en numerosísimas ocasiones, como único motivo por el que se considera probada la comisión de la infracción, no tenga lógica alguna, llegando a darse la circunstancia de que estos párrafos estereotipados se transcriben sin más en las resoluciones sancionadoras aun cuando el sancionado ni siquiera había alegado acogerse a esta causa de exoneración de la responsabilidad. **Es evidente que en la mayoría de los casos estamos ante un párrafo tipo con el que la Administración pretende motivar la culpabilidad**, como si fuera la

³² Así, por ejemplo, se dice en Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 2 de diciembre de 2010, en recurso 454/2007.

³³ Fernando PÉREZ ROYO: *Derecho financiero y tributario. Parte general*. Thomson Civitas. Pamplona, 2008, pág. 392, que dice expresivamente «¡Hasta ahí podríamos llegar! Eso, como todo lo anterior, no hace falta que lo diga la ley. El que, sin embargo, lo mencione, manifiesta la traición del subconsciente de los redactores, que parecen pensar en un sistema en el que es el imputado el que tiene que demostrar su inocencia y no la Administración quien tiene que demostrar la culpabilidad».

³⁴ El precepto dice que *Las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria en los siguientes supuestos: d) Cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios. En particular, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el contribuyente haya presentado una declaración veraz y completa y haya practicado, en su caso, la correspondiente autoliquidación, amparándose en una interpretación razonable de la norma.*

única causa de exclusión de la reprochabilidad, que no tiene virtualidad alguna y que debe tenerse por no puesto, pues nada dice ni añade.

En efecto, muchos acuerdos sancionadores que se están notificando confirman sin más las sanciones propuestas, expresando que no concurre en el supuesto concreto interpretación razonable de la norma, o que simplemente no caben interpretaciones de una norma que es clara. Y frente a estos acuerdos, en los que la motivación acerca de la culpabilidad es genérica e inconcreta, y se exterioriza en fórmulas que no solo no atienden a la realidad del caso concreto enjuiciado sino que no son sino fórmulas estereotipadas utilizadas como modelo universal para asentar el juicio de culpabilidad, cuyo carácter genérico desmiente abiertamente su idoneidad como motivación *ad casum*, ha de pedirse la nulidad, alegándose que con ello se está, sin más, presumiendo la responsabilidad, que no se explicitan por la Administración, con vulneración del principio fundamental a la presunción de inocencia, las razones jurídicas por las que se considera sancionable la conducta del sancionado. Ha de decirse que el artículo 179.2 d) de la LGT no significa que cuando no se dé esa interpretación razonable de las normas –lo que puede suceder, por ejemplo, ante la ausencia de alegaciones– quede presumida *contra reo* la existencia de culpabilidad.

Obviamente, como el principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como sancionable, es decir, es un elemento esencial en todo ilícito administrativo, **no basta tampoco con que el recurrente diga haber actuado con negligencia**, sino que ha de exponer las razones justificadoras del incumplimiento de sus obligaciones tributarias, pues también es cierto que **la invocación de la falta de culpabilidad debe estar sustentada, y que ha de descartarse que sea un mero pretexto o que sean alegaciones que se basen en criterios de interpretación absolutamente insostenibles**. Es cierto que, a menudo, será difícil una prueba específica de la culpabilidad en casos distintos de aquellos en los que se sostenga una interpretación amparada en criterios de aplicación de las normas que sea razonable, de la misma manera que la propia conducta manifestada por el sujeto pasivo en sus relaciones con la Hacienda Pública, así como las circunstancias que la rodean será, en ocasiones, suficiente como para concluir la presencia del elemento culpabilístico de inexorable concurrencia ³⁵.

Pero del mismo modo, **deducir que la negligencia está acreditada, por el mero hecho de que, a juicio de la Administración, «se aprecia una omisión de la diligencia exigida», es vulnerar frontalmente el principio de responsabilidad y el de presunción de inocencia**. Rechazar la interpretación del contribuyente cuando no es descabellado efectuar una exégesis de la norma como lo hiciera el interesado, no es admisible, máxime cuando la Administración no ostenta el monopolio de la interpretación de las normas. Dar por probados los hechos plasmados en las actas de conformidad, sin someterlas a crítica o revisión alguna, no puede equivaler a la prueba –a efectos sancionadores– del incumplimiento del deber tributario sustantivo ³⁶. Y en definitiva, decir, sin prueba alguna, que se considera probado que el sancionado ha cometido la infracción, supone el absoluto descono-

³⁵ Véase por ejemplo la Sentencia de 2 de diciembre de 2010 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recurso 454/2007.

³⁶ Considera esta una deficiencia de que adolece la resolución sancionadora impugnada, la Sentencia de 23 de marzo de 2011 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictada en recurso 131/2008, que anula la sanción.

cimiento de las normas constitucionales e internacionales ya mencionadas que exigen la prueba de la culpa, pero además, supone desconocer el apartado 2 del artículo 108 de la Ley 58/2003, General Tributaria, que, como el artículo 1.253 del Código Civil, exige, para la admisibilidad de las presunciones como medio de prueba, que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

El problema no es tanto la omisión de este principio en la LGT (que no es problema, pues se recoge en la Carta Magna), cuanto la deficiencia técnica con la que se aborda. Esta se pone de manifiesto cuando se constata que, tal y como está regulado este principio en nuestra LGT, **parece que se parte de una presunción de culpabilidad que solo puede ser destruida acreditando que concurre alguna causa de exclusión.** El tan sistemáticamente afirmado principio de culpabilidad se ningunea en su aplicación, existiendo un casi total automatismo en la aplicación de las sanciones, que se imponen de ordinario como si fuesen la consecuencia natural de un procedimiento de aplicación de los tributos. Así, en contra de lo que se proclama en la teoría, en la práctica la Administración, de forma mecánica y sin solución de continuidad, tras las actuaciones de comprobación, directamente sanciona, y entonces corresponde al obligado tributario acreditar que el incumplimiento de sus obligaciones se debe a una discrepancia jurídica razonable.

Efectivamente, el hecho de que la presunción de inocencia sea de tipo *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, hace que la Administración pueda desvirtuar su eficacia mediante una actividad probatoria de cargo. De este modo, si bien es cierto que la falta de prueba de cargo perjudica a la Administración, no lo es menos que, una vez obtenida esta, la falta de prueba de descargo perjudicará al sujeto destinatario del expediente sancionador, de manera que, **cuando quien sanciona considera probada la culpabilidad, el sujeto sancionado se ve en la tesitura de tener que afrontar y soportar la carga de la prueba de la concurrencia de circunstancias eximentes si quiere enervar la sanción.**

Dicho de otra forma, **cuando la culpabilidad se da por supuesta, se deduce, se infiere, se estima concurrente por parte del órgano sancionador, cosa que ocurre con frecuencia, sobre todo en determinadas operaciones y en función no tanto de lo que sería auténticamente la conducta del sujeto infractor en el caso concreto, cuanto de la naturaleza del deber incumplido, al final corresponderá al administrado la carga de acreditar aquellos elementos de descargo que conlleven una declaración de no exigencia de responsabilidad administrativa. Lo que parece una negación, en la práctica, del principio de presunción de inocencia.**

Debe reconocerse que, **en ocasiones, pero solo en muy contadas ocasiones, la culpabilidad es una obviedad que no necesita prueba,** pues es algo inherente a la conducta o a los hechos, como ocurre en los supuestos de simulación, en los que probados los hechos, estos integran en sí mismos la culpabilidad, que vendría dada por esa voluntad disimular algo, ocultándolo con el fin de engañar a terceros, o de llevar a cabo un acto o negocio simulado, distinto al verdadero, lo que encierra de por sí y en todo caso un engaño. Hay **supuestos en los que, al contrario, jamás cabría hablar de culpabilidad,** y así habrá de alegarse, como es aquel en que la deuda tributaria que no se ha ingresado procede de la valoración económica de un bien, pues se trata de una simple discrepancia valorativa, y porque en el momento en que se realizó la supuesta conducta infractora, consistente en dejar

de ingresar, no podía conocerse que se estaba cometiendo una infracción, ya que esta solo se determina a posteriori, cuando la Administración asigna un valor al bien; o como es el caso en que se discute la necesidad de un gasto ³⁷.

Pero en la gran mayoría de los casos la culpabilidad no es tan evidente y ha de acreditarse, lo que significa que en la generalidad de los supuestos el órgano sancionador tiene la carga de la prueba de la responsabilidad, y solo en casos excepcionales no será necesario que así lo haga. Así debería ser y así lo defiende el Tribunal Supremo ³⁸.

Como bien saben –y sufren– algunos contribuyentes, en otras ocasiones la culpabilidad se sugiere presente en función de la naturaleza jurídica o forma que adopta la persona para actuar en el mundo; es decir, no es infrecuente observar que las sociedades mercantiles son merecedoras, por el mero hecho de serlo, en su contra, de una especie de plus de presunción de culpabilidad respecto de la conducta que debería observar el «ciudadano común», concepto respecto de cuyos perfiles jurídicos, por cierto, los tribunales económico-administrativos que suelen avalar este proceder, no ofrecen un desarrollo mínimo ³⁹.

Por otra parte, y ante otro de los argumentos que se suelen invocar por la Administración para justificar la culpabilidad en la imposición de sanciones sin más motivación, cabe indicar que **la conformidad a un acta de inspección no significa que ese asentimiento vaya más allá del ámbito objetivo que lo justifica**, que es la aceptación de los hechos determinantes de la existencia de la deuda tributaria comprensiva de cuota e intereses de demora, en su caso, **ni que la resolución sancionadora, por tanto, deba prescindir por razón de esa disconformidad o por otras causas, de consignar con claridad y precisión cuál es la conducta que se sanciona**.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 29 de septiembre de 2010, en recurso de casación núm. 4021/2005, en la que no solo se insiste en que la interpretación del obligado tributario no por ser incorrecta es irrazonable, sino que se reseña que «no cabe hablar de ausencia de justificación, sino de justificación insuficiente o formalmente incorrecta en detrimento, en definitiva, no de la existencia del gasto sino de la necesidad del mismo, lo que excluye, con arreglo al criterio jurisprudencial reseñado, el elemento subjetivo del ilícito tributario».

³⁸ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 4 de noviembre de 2010, en recurso de casación núm. 5549/2005: «la apreciación y descripción de la culpabilidad, elemento básico para sancionar, y que no se puede hacer coincidir con el incumplimiento de la obligación tributaria, es un pronunciamiento que no pueden omitir las resoluciones sancionadoras, y esa omisión es precisamente lo que se produce en el caso analizado». También la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 4 de octubre de 2010, en recurso de casación 3876/2005, recuerda que: «La incorrecta declaración de la exención de un incremento de patrimonio por reinversión no es motivo suficiente para imponer una sanción, al no poder fundarse la existencia de la infracción en la mera referencia al resultado de la regularización practicada por la Administración Tributaria».

³⁹ Ante esto, valientemente ha afirmado la Audiencia Nacional (Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 16 de diciembre de 2010, en recurso 453/2007, con idéntica expresión que lo contenido en la de 2 de diciembre de 2010, en recurso 454/2007) que «la Inspección y el TEAC, si fueran coherentes con esa discutible afirmación, que funda la culpabilidad no en la conducta y su examen sino en la forma o estructura organizativa, sancionarían a las grandes empresas por conductas semejantes a las que hoy se enjuician, algo que (...) en modo alguno se ha tenido en cuenta como criterio cualificador o configurador de la culpabilidad, pues la práctica totalidad de las entidades bancarias españolas, a las que conforme a ese canon enunciado se debería presumir ese específico cuidado y atención en la observancia de los deberes fiscales, han visto regularizadas operaciones de diferimiento de reinversión de beneficios extraordinarios, en casos acaso más claros de improcedencia de acogimiento a ese beneficio, sin que la Inspección considerara jurídicamente procedente, en los expresados casos –que esta Sala ha examinado en numerosas ocasiones–, aplicar esa teoría de la presunción innata de culpabilidad en las entidades que revistan forma societaria».

En este orden de cosas, no es infrecuente observar como la Administración, prevaleciéndose del valor probatorio de las diligencias, del artículo 107 de la LGT, así como de las actas de inspección, reconocido en el artículo 144 de la LGT, elude esta acreditación. De ahí que se afirme que, en la práctica, asistimos a un sistema de responsabilidad objetiva. Sin embargo, **no es cierto que, como las actas «hacen prueba de los hechos que motivan su formalización, salvo que se acredite lo contrario», la Administración esté dispensada de probar los hechos que pretende sancionar**, pues ello iría en contra del principio de presunción de inocencia. Así se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1990, de 26 de abril. Y el Tribunal Supremo lo viene reiterando, incluso muy recientemente ⁴⁰.

Las actas constituyen un elemento probatorio más en el procedimiento sancionador, junto a los que pueda aportar el propio administrado, a valorar por el órgano sancionador según la regla de libre valoración de la prueba, y por supuesto sin perjuicio del control ulterior de los Tribunales de justicia. Dicho de otro modo, la presunción de certeza del contenido de actas y diligencias de inspección, admite prueba en contrario, de forma que la fuerza probatoria de dichos documentos se circunscribe a los hechos comprobados por la Inspección, sea por percepción directa, sea por deducción fáctica lógica, pero queda excluida respecto de las deducciones consistentes en juicios de valor o apreciaciones subjetivas. Pero es que además, no todos los hechos a los que se presta conformidad en un acta pueden reputarse hechos probados *a efectos sancionadores*, afirmación que puede oponerse cuando la Administración pretenda basar la sanción en la conformidad prestada por el sujeto a los hechos, como si esa conformidad supusiera aceptación de la sanción. Así, cuando entre los hechos haya alguno que haya sido determinado por meros indicios o por presunciones, no podrá servir para fundamentar la imposición de sanciones, por faltar el primer elemento de la infracción, que es la acreditación de la propia acción u omisión de la que luego además habría de probarse que es típica, antijurídica y culpable.

Otra cuestión a la que quisiera referirme, relacionada con la aplicación práctica de la presunción de inocencia y la prueba de la culpabilidad que corresponde a la Administración, es la de la acreditación de los hechos negativos. Me refiero con ello a si debe acreditarse y cómo, por parte del órgano sancionador, la no presentación de una declaración o el no ingreso de la deuda correspondiente. Porque, ¿no corresponde a la Administración tributaria la prueba de que concurren las circunstancias que determinan la culpabilidad del infractor en la comisión de infracciones tributarias? Si la

⁴⁰ El Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 4 de noviembre de 2010, en recurso 4693/2007, recuerda que se pueden firmar actas en conformidad solo por evitar litigios ineficaces, y que en modo alguno cabe inferir la culpabilidad de la mera conformidad a unas actas, que la «intencionalidad en la conducta de la apelante y aun su culpabilidad a título de negligencia, no cabe deducirlas de la conformidad prestada en las actas inspeccionadas»; además de que no puede descartarse que existan supuestos en los que los obligados tributarios acepten el criterio manifestado por la Administración con la única finalidad de evitar litigios ineficaces». En la misma línea, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), en Sentencia de 29 de noviembre de 2010, recurso de casación núm. 5250/2007, sostiene que es verdad que la jurisprudencia viene afirmando de manera reiterada que la declaración de conocimiento del Inspector que contienen las actas goza de la presunción de veracidad configurada en el artículo 1.218 del Código Civil y hace prueba del hecho al cual se refieren y a su fecha, por tratarse de un documento emanado de un empleado público competente en el ejercicio de sus funciones y con las solemnidades requeridas legalmente. También hemos indicado que el contribuyente no puede rechazar los hechos recogidos en un acta de conformidad, pues de otra manera incurriría en vulneración del principio que impide actuar en contra de los propios actos», pero que no cabe confundir los hechos, que no se discuten, con sus consecuencias jurídicas.

declaración del obligado tributario no aparece, ni está grabada en las bases de datos de la Agencia Tributaria, ¿a quién corresponde probar que se presentó e ingresó?

Según las normas sobre la carga de la prueba, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo, y por tanto, como la inocencia se presume, si la Administración quiere sancionar habrá de acreditar, y no mediante indicios, este hecho negativo. El presunto infractor podrá aducir el artículo 34 h) de la LGT, que le reconoce el derecho precisamente a no aportar aquellos documentos ya presentados por él mismo y que se encuentren en poder de la Administración actuante. Y si bien esta podrá asegurar que no están en su poder, si el interesado alega que realizó su presentación en tiempo y forma, la Administración habrá de acreditar, a efectos sancionadores, la responsabilidad del presunto infractor.

Las anteriores reflexiones permiten concluir que el respeto de este derecho no se encuentra aún garantizado en el ordenamiento jurídico tributario. La confusión conceptual que padece la Administración tributaria con frecuencia, entremezclando aspectos que pertenecen a la tipicidad de la infracción con elementos propios del juicio ulterior de la culpabilidad, conduce en la práctica a la imposición de sanciones presumiendo la culpabilidad del infractor, o al menos invirtiendo las reglas de la carga de la prueba en cuanto a las exigencias probatorias de la responsabilidad.

De la aplicación conjunta de los principios y derechos fundamentales señalados se deduce **otra alegación que suele ser imprescindible frente a todo acto de imposición de sanciones, que es la falta de motivación**. Este requisito es común a todos los actos administrativos, como exige el artículo 54 de la Ley 30/1992, y predicable de todos los actos administrativos tributarios, como preceptúa el apartado 2 del artículo 103 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Pero es que además, los actos de imposición de sanciones en materia tributaria tienen su propia exigencia de motivación en los artículos 210 y 211 de la Ley 58/2003.

Normalmente asistimos a acuerdos sancionadores que, de un modo irrazonable, establecen la culpabilidad sobre ninguna base, ya que ni determinan ni especifican los motivos y los criterios empleados para calificar la conducta como constitutiva de infracción tributaria. La laxitud con la que se motiva la imposición de sanciones, la apodíctica manera de justificar esta, convierte el acto en nulo, y así ha de alegarse, debiendo recordarse al respecto que el deber de motivación alcanza una dimensión constitucional, que la hace susceptible de recurso de amparo⁴¹.

Efectivamente, huelga recordar que no estamos denunciando algo baladí: **si todo acto administrativo debe ser motivado, las sanciones, que no son un elemento más de la deuda tributaria, sino las manifestaciones del *ius puniendi* de la Administración, que solo si respeta el contenido de los artículos 24 y 25 de la Constitución es admisible, no pueden imponerse con automatismo, fórmulas estereotipadas, presunciones y otras formas de desterrar los principios propios del**

⁴¹ Así lo recuerda Juan MARTÍN QUERALT en *V Congreso Tributario...*, *op. cit.*, pág. 411, quien cita la Sentencia 82/2009, de 23 de marzo, en la que se recuerda que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que frente a la regla general de motivación de los actos administrativos, mandato derivado de la legalidad ordinaria, en supuestos excepcionales, como son los actos que imponen sanciones, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace revisable a través del recurso de amparo.

orden penal que rigen sin duda, aunque con matices, en el ámbito sancionador. La motivación de la culpabilidad es un requisito estructural de los acuerdos sancionadores, a la vez que de un parámetro o factor de valoración para comprobar el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora, cuya ausencia determina la nulidad de la sanción recurrida.

En la mayoría de las ocasiones la Administración, tras una breve mención al elemento intencional y principio de culpabilidad, entiende que la conducta del sancionado le convierte en responsable, no indicándose siquiera si la supuesta culpabilidad concurre a título de dolo, culpa o mera negligencia en el caso concreto. Con esta manera de proceder falta el esencial requisito de la **motivación de los actos administrativos**, dicho en pocas palabras, **explicar la norma que aplica a los hechos y justificar aquello que une esa norma con los hechos.**

Y para motivar suficientemente, ha reiterado el Tribunal Supremo, ha de hacerse referencia al caso individual, debiendo descenderse, en el Acuerdo sancionador, al terreno de los hechos concretos ⁴², siendo así que, de lo contrario, es improcedente sancionar ⁴³.

La motivación de los actos administrativos es pilar fundamental de la seguridad jurídica y protección imprescindible contra la arbitrariedad y la indefensión, siendo preciso que se dé al sancionado una explicación clara, sencilla e inteligible para cualquier administrado, sin especial consideración de sus conocimientos o cultura. Dicho de otro modo, que **la ausencia de argumentación implica la ausencia de motivación**, y por tanto, que no basta con la mera consignación o referencia a los preceptos aplicables, pues si bien con ello se podría entender cumplida la obligación de que en el acto se haga constar la fundamentación jurídica, **no se puede considerar cumplido el requisito esencial de que el acto esté motivado cuando no se argumenta la medida en que los preceptos se proyectan sobre los hechos concretos de que se trata**, que es lo que suele ocurrir en los expedientes sancionadores tributarios, en los que se sanciona sin hacer referencia alguna a la conexión entre los hechos y la conducta culpable del presunto infractor.

Definitivamente, ha de alegarse que con los escasos y estereotipados párrafos con los que la Administración pretende motivar la imposición de sanciones, sin individualizar al caso concreto, sin especificar el grado de culpabilidad, sin explicar el precepto, la interpretación de la Administración, la justificación de por qué se entiende que hay infracción, no puede entenderse cumplido el requisito de la motivación. Que la motivación es la justificación de la decisión de la Administración y que es imprescindible para conectar el acto con la norma, evitar la arbitrariedad y otorgar racionalidad a la actividad administrativa, facilitando su fiscalización y evitando situaciones de indefensión.

También debe recordarse que es jurisprudencia consolidada **que la falta de motivación del elemento subjetivo no puede suplirse en instancias posteriores**, ni administrativas, ni judiciales ⁴⁴.

⁴² Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Sentencia de 30 de septiembre de 2010, recurso de casación 6428/2005.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 3 de diciembre de 2010, en recurso de casación 306/2009.

⁴⁴ Ya se había dicho que los déficits de motivación de las resoluciones sancionadoras no pueden ser suplidos por los órganos de la jurisdicción ordinaria, que solo pueden realizar una mera labor de control de legalidad (SSTS de 6 de junio de 2008,

Así como que es también jurisprudencia consolidada la que afirma que **deben motivarse y probarse las circunstancias agravantes de la sanción** mínima ⁴⁵.

A modo de conclusión que abarcaría en síntesis los argumentos expresados, cuando nos enfrentemos a un expediente sancionador que adolezca de deficiencias derivadas del incumplimiento de los elementos dogmáticos esenciales para que pueda considerarse existente la infracción, y/o de los principios que en un esfuerzo de síntesis y de claridad se han mencionado y tratado de explicar a lo largo de estas páginas, habremos de así hacerlo constar, para conseguir que la sanción sea anulada. Lo haremos cuando nos encontremos ante un acto en que la Inspección no describe, ni acredita, ni motiva la concurrencia del elemento objetivo de la infracción; no individualiza cada una de las conductas pretendidamente merecedoras de sanción, sino que les da a todas ellas un tratamiento unitario; no acredita la existencia de dolo o de negligencia, ni motiva por qué concurre ni acredita su presencia en el actuar del sujeto al que sanciona; un acto que no indaga, ni siquiera superficialmente, en dónde radica la culpabilidad, para enervar ese principio de buena fe que, en materia sancionadora, sin duda ha de ponerse en relación con la presunción de inocencia, que la Administración tiene la carga de destruir. Lo haremos ante actos en que se supone la culpabilidad o en actos en que esta deriva sin más de una pretendida facilidad en la comprensión de las normas jurídicas aplicables al cumplimiento de los deberes fiscales del sujeto pasivo. O ante actos en los que no se aclare en qué consiste la culpabilidad, si la modalidad subjetiva presente es dolosa o culposa y, dentro de estos dos grandes grupos o categorías, qué grado de gravedad habría tenido.

En estos aspectos reside la verificación sobre la necesaria concurrencia del principio de culpabilidad que no puede ser dada por supuesta sobre la base del canon de la interpretación razonable de la norma, inhábil cuando las conductas no versan sobre conflictos jurídico-interpretativos, sino sobre la prueba de los hechos, amparada por la presunción de inocencia del 24 de la Constitución, a menos que la Inspección la hubiera enervado con fundamento en una prueba objetiva y suficiente, no solo acerca de la comisión del hecho sino también en lo que respecta a la presencia del elemento culpabilístico ⁴⁶.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2010

La Sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 2010, dedica varias páginas el argumento de la culpabilidad, y llamó nuestra atención e interés por comentarla porque, frente a la abrumadora mayoría de sentencias que declaran nulos los acuerdos de imposición de sanciones, esta, tras un análisis pormenorizado del

FD 6; y de 15 de enero de 2009, FD 13) y se recuerda en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 14 de octubre de 2010, en recurso 7459/2005.

⁴⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) en Sentencia de 27 de octubre de 2010, en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 241/2006.

⁴⁶ Pueden citarse, entre tantas, la Sentencia de 23 de febrero de 2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de la Audiencia Nacional, en recurso 104/2008, o la de 22 de diciembre de 2009, en recurso 274/2006, de la misma Sala y Sección.

acuerdo recurrido, acababa concluyendo que sí concurre el elemento subjetivo, normalmente ausente o absolutamente insuficiente en los acuerdos sancionadores a que estamos acostumbrados.

Ahora bien, el que en esta sentencia y en este particular asunto, el Supremo aprecie existente y probado el elemento subjetivo, no significa que el Tribunal esté amparando cualquier clase de expediente sancionador. Como podrá observarse de su lectura, se trata de una sentencia ponderada, adecuada y perfectamente razonada para el caso concreto para el que se dicta, y que por tanto no puede extrapolarse y utilizarse para justificar motivación suficiente en cualquier acuerdo de imposición de sanciones tributarias. La sentencia dice lo que dice y no dice lo que no dice. Ni dice, como veremos, lo que el TEAC pretende que diga.

Es una sentencia adecuada al acuerdo enjuiciado para el que fue dictada, pero que en absoluto da cobertura a cualquier acuerdo sancionador al uso. Es una sentencia que ampara un acuerdo sancionador aislado, en el que la falta de ingreso de la deuda se analiza con detenimiento para determinar si, en todo caso, pudo responder a un comportamiento diligente. Una sentencia en la que el ponente desmenuza el acuerdo sancionador y constata la concurrencia de los elementos de la infracción (una acción típica, antijurídica y culpable) sin que se pueda considerar vulnerado principio sancionador alguno, al ser un acto administrativo en el que «se deja constancia de las circunstancias por las que, a juicio de la Inspección, tal conducta resulta sancionable: conformidad con los hechos, conocimientos suficientes y claridad de la norma»; un acuerdo sancionador en el que «se suministra una respuesta a las alegaciones de la parte, en especial al carácter diligente de su actuación como consecuencia de la ausencia de ocultación», en nada menos que cinco páginas.

A la hora de verificar la validez de un acuerdo sancionador que pretende impugnarse, es importante siempre descender al terreno de los hechos concretos, comprobar cuál es la obligación tributaria que subyace. En el asunto enjuiciado por el Supremo, se había comprobado que la entidad recurrente había ingresado retenciones por rendimientos de capital mobiliario satisfechos que resultaban inferiores a las que correspondían en virtud de las retenciones efectivamente practicadas. La entidad califica lo acontecido como un «descuadre inadvertido», pero este descuadre es lo cierto que se produjo y reprodujo durante dos ejercicios, circunstancia que, a juicio del ponente, no deja de llamar la atención, por lo que supone de prolongado y reiterado «descuido» en una entidad financiera del calibre de la recurrente. Ante estos hechos y la alegación del recurrente, la Audiencia Nacional había sostenido que **no se podía en este caso considerar la existencia de una interpretación razonable de las normas, al no poder existir dudas sobre la obligación de ingresar las referidas retenciones o ingresos a cuenta que, material y efectivamente, se habían practicado.**

Trayendo a colación toda la teoría que se ha expuesto en el apartado precedente de este estudio, entiendo que estamos en uno de los supuestos en los que el elemento subjetivo de la infracción, la negligencia, puede considerarse concurrente por descontado y no necesitado de una prueba específica, siendo el hecho en sí mismo (no ingreso de una retención efectivamente practicada) explícito por sí mismo de cierta negligencia. Habiéndose por tanto constatado la existencia de una acción típica, en la que se han dado tanto el elemento objetivo –dejar de ingresar– como el subjetivo –en la omisión del ingreso se ha dado cierto grado de negligencia–, lo que la sentencia del Supremo tiene que valorar es si el hecho típico es antijurídico y culpable. No concurriendo causas de justificación que anularían la antijuridicidad, la Sala debe enjuiciar si concurre culpabilidad.

Entrando en la fundamentación del Tribunal Supremo, ha de mencionarse que el análisis comienza recordando que **la culpabilidad es, en muchas ocasiones, una cuestión puramente fáctica, y, por ende, no revisable en sede casacional**⁴⁷, pero que **ello, no obstante, no sucede lo mismo cuando lo que en realidad se achaca a la sentencia es la falta de motivación de la simple negligencia** que el artículo 77.1 de la LGT y, en definitiva, el artículo 25 de la Constitución, exigen para que pueda imponerse sanciones, como ya se dijo en la importantísima Sentencia de 6 de junio de 2008⁴⁸.

La enseñanza que extraemos de estos primeros párrafos es que **siempre será revisable en casación aquel caso en el que el sancionado no solo niega la existencia del elemento subjetivo del tipo infractor, sino que además subraya la íntima relación entre los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia**. Esta relación ya se había destacado en Sentencia de 15 de enero de 2009, recurso de casación 4744/2004, FJ 11.º. **El Tribunal Supremo admite entrar a conocer el asunto porque la entidad recurrente lo que rebate precisamente es que se haya probado su intervención culpable**, recordando que conforme al artículo 24.2 de la CE, dicha prueba correspondía a la Administración tributaria, sin que pueda admitirse el automatismo en la imposición de sanciones donde el titular de la potestad sancionadora se limite a constatar el elemento objetivo de la infracción, abstrayéndose del enjuiciamiento de la culpabilidad⁴⁹.

Para valorar la concurrencia de culpabilidad en la conducta infractora y si esta se ha justificado, entra la Sala al contenido del acuerdo, y disecciona la argumentación de la Inspección, que había cimentado la procedencia de la sanción en los siguientes aspectos:

- a) La conformidad del sujeto pasivo con los hechos que dieron lugar al acta.
- b) La inexistencia de oscuridad en la norma que infringió.
- c) La importancia de la empresa, dotada de un equipo de expertos jurídicos y fiscales.
- d) La negación de la concurrencia de alguna causa excluyente de la responsabilidad, al considerar irrelevante la ausencia de ocultación y la llevanza de una contabilidad exacta.

Recuerda la Sala que cada uno de esos aspectos ha sido ya objeto de valoración por la jurisprudencia de esta Sala. Sintetizando, esto es lo que trae a la memoria el Tribunal respecto de cada uno de estos argumentos, con cita de la jurisprudencia adecuada a cada circunstancia:

⁴⁷ Así lo hemos señalado, dice la Sala, en repetidas ocasiones, citando: Sentencias de 15 de enero de 2009 (casación 4744/2004, FJ 11.º), 15 de enero de 2009 (casación 10237/2004, FJ 12.º) y 9 de julio de 2009 (casación 1790/2006, FJ 4.º)], salvo en los supuestos tasados a los que viene haciendo referencia este Tribunal [entre otras, véanse las Sentencias de 25 de noviembre de 2003 (casación 1886/2000, FJ 6.º), 9 de febrero de 2005 (casación 2372/2002, FJ 4.º) y 8 de octubre de 2008 (casación 6220/2004, FJ 4.º)].

⁴⁸ Dictada en recurso de casación 146/2004, FJ 4.º.

⁴⁹ El Tribunal admite la casación porque «parece innegable que, en el caso que nos ocupa, las deficiencias que la entidad recurrente imputa al ejercicio por la Inspección de la potestad sancionadora pertenecen al ámbito del análisis jurídico propio del recurso de casación y nada tienen que ver con la revisión de la realidad fáctica que subyace al litigio. No hay impedimento, en consecuencia, para encarar ese análisis y suministrar la respuesta fundada en derecho que se nos pide».

a) En cuanto a la **conformidad con los hechos**, este Tribunal ha declarado que:

- **Debe rechazarse el automatismo consistente en que la falta de oposición a la liquidación supone, sin más, la imposición de la sanción**, pues ello significaría desterrar el elemento esencial de culpabilidad e incorporar el criterio objetivo de la responsabilidad ⁵⁰.
- **Hemos resaltado la necesidad de prueba, pues esa aquiescencia no supone sin más la concurrencia de culpabilidad** ⁵¹.
- La imposición de sanciones no puede fundarse en la mera constatación de que procedía la regularización del ejercicio, dado que la existencia de responsabilidad por infracción tributaria no puede considerarse como el desenlace, poco menos que obligado, de cualquier incumplimiento de las obligaciones del contribuyente ⁵².
- Para poder apreciar la existencia de una motivación suficiente y de un juicio razonable de culpabilidad, resulta menester enjuiciar si la Administración probó la culpabilidad del sujeto pasivo y si concurrían elementos bastantes para considerar que hubo infracción del ordenamiento jurídico ⁵³.
- Se revela imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o la negligencia, y las pruebas de las que se infiere ⁵⁴.

b) En lo que se refiere a los **supuestos que legalmente excluyen la responsabilidad, en concreto la claridad de las normas**, esta Sala ha afirmado que:

- La **no concurrencia de alguno de esos supuestos y, singularmente, la ausencia de oscuridad en la norma, no es *per se* bastante para satisfacer las exigencias de motivación** de las sanciones, que no solo derivan de la ley tributaria sino también de las garantías constitucionales, entre las que hay que destacar el principio de presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución ⁵⁵.
- **Este principio impide a la Administración tributaria realizar el juicio de culpabilidad por exclusión**, mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque la norma incumplida es clara o que la interpretación que de la misma

⁵⁰ Sentencia de 23 de octubre de 2009 (casación 3121/2003, FJ 3.º)

⁵¹ Sentencias de 15 de octubre de 2009 (casación 6567/2003 y 4493/2003, FFJJ 8.º y 5.º, respectivamente). En igual sentido, la Sentencia de 21 de octubre de 2009 (casación 3542/2003, FJ 6.º).

⁵² Sentencias de 16 de marzo de 2002 (casación 9139/2006, FJ 3.º) y 6 de junio de 2008 (casación 146/2004, FJ 4.º). Así lo ha puesto de manifiesto también, en términos que no dejan lugar a dudas, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 164/2005, al señalar que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando se impone la sanción por la simple circunstancia de no ingresar la cuota tributaria, pero sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio (FJ 6.º).

⁵³ Sentencias de 15 de octubre de 2009 (casaciones 6567/2003 y 4493/2003, FFJJ 8.º y 5.º, respectivamente). En igual sentido, la Sentencia de 21 de octubre de 2009 (casación 3542/2003, FJ 6.º).

⁵⁴ Sentencias de 6 de junio de 2008 (casación 146/2004, FJ 6.º) y 6 de noviembre de 2008 (casación 5018/2006, FJ 6.º).

⁵⁵ Por todas, Sentencia de 6 de junio de 2008 (casación 146/2004, FJ 4.º).

sostuvo no puede considerarse razonable, porque, aún así, es posible que el contribuyente haya actuado diligentemente ⁵⁶.

c) En cuanto a la **condición o circunstancias personales y subjetivas del sujeto obligado**:

- **No cabe admitir que pueda justificarse exclusivamente la existencia de culpabilidad en circunstancias tales como la disposición por la entidad que se considera responsable de un elenco de profesionales jurídicos.**
- **Hemos rechazado que pueda presumirse una conducta sancionable por el mero hecho de las especiales circunstancias que rodean al sujeto pasivo** (aunque se trate de una persona jurídica, tenga grandes medios económicos, reciba o pueda recibir el más competente de los asesoramientos y se dedique habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida).
- En cada supuesto, y **hecha abstracción de dichas circunstancias subjetivas**, hay que ponderar si la interpretación que ha mantenido de la disposición controvertida, aunque errónea, puede entenderse como razonable ⁵⁷.

d) Sobre la alegación de que **no es causa excluyente de la responsabilidad la inexistencia de ocultación y la exactitud de la contabilidad**:

- **La veracidad y la integridad de los datos suministrados por el sujeto pasivo ha sido tomada en cuenta en muchas ocasiones por esta Sala para excluir la simple negligencia** que exigía el artículo 77.1 de la LGT para poder imponer sanciones tributarias ⁵⁸.
- El hecho de que se presente declaración sin ocultación, permite descartar el elemento subjetivo ⁵⁹.

Pues bien, lo que afirma el Tribunal Supremo en esta sentencia es que la aplicación de la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado permite concluir que, ***aisladamente*** (y es este adverbio la clave para entender la sentencia en sus justos términos), **ninguna de las razones aducidas por la Inspección resulta suficiente para justificar la culpabilidad**, cuya concurrencia resulta insoslayable para imponer la multa. Y que **ha de verse si, de forma conjunta, el acuerdo sancionador ofrece una motivación en términos precisos y suficientes** de la culpabilidad, **que se adapte a la infracción tributaria cometida** y que legitime el castigo. Realmente esto ya se había venido sosteniendo con anterioridad, en las numerosas sentencias en las que se afirma que la motivación de la sanción *exclu-*

⁵⁶ Sentencia de 6 de junio de 2008, (casación 146/2004, FJ 5.º, in fine), 29 de septiembre de 2008 (casación 264/2004, FJ 4.º), 15 de enero de 2009 (casaciones 4744/2004 y 10237/2004, FFJJ 11.º y 12.º, respectivamente) y 23 de octubre de 2009 (casación 3121/2003, FJ 3.º).

⁵⁷ Sentencias de 29 de junio de 2002 (casación 4138/1997, FJ 2.º) y 26 de septiembre de 2008 (casación 11/2004, FJ 4.º).

⁵⁸ Sentencias de 2 de noviembre de 2002 (casación 9712/1997, FJ 4.º), 18 de abril de 2007 (casación 3267/2002, FJ 8.º), 6 de junio de 2008 (casación 146/2004, FJ 4.º), 27 de noviembre de 2008 (casación 5734/2005, FJ 7.º), 15 de enero de 2009 (casación 10237/2004, FJ 13.º) y 15 de junio de 2009 (casación 3594/2003, FJ 8.º).

⁵⁹ Sentencia de 29 de noviembre de 2010.

sivamente en la claridad de las normas ⁶⁰, o en la *mera referencia* a que no concurre interpretación razonable ⁶¹, o *exclusivamente* en la condición o circunstancia personal del sujeto pasivo, como sociedad de envergadura y a la que suponen y exigen determinados conocimientos y diligencia ⁶², o en la sola razón de haberse dado conformidad al acta, no son suficientes.

Tras este recordatorio, el Supremo realiza un examen pormenorizado del acuerdo sancionador objeto de recurso y, a su juicio, de lo consignado en sus páginas se desvela lo siguiente:

1. La conducta que considera constitutiva de infracción tributaria, es decir, la falta de ingreso de la deuda, se analiza con detenimiento para determinar si, en todo caso, pudo responder a un comportamiento diligente (págs. 7 a 15).
2. Se deja constancia de las circunstancias por las que, a juicio de la Inspección, tal conducta resulta sancionable: conformidad con los hechos, conocimientos suficientes y claridad de la norma (págs. 15 y 16).
3. Se suministra una respuesta a las alegaciones de la parte, en especial al carácter diligente de su actuación como consecuencia de la ausencia de ocultación (págs. 17 a 21).

El Supremo sostiene que «este análisis integrado y conjunto pone de manifiesto que, lejos de actuar con el automatismo que nuestra jurisprudencia repudia, *la Inspección ha ponderado los distintos elementos reunidos en el comportamiento del Banco Hipotecario de España, SA*, causante de "BBVA", *para concluir que en su conducta estaba presente, al menos, la simple negligencia que el artículo 77.1 de la LGT de 1963 exigía para sancionar las infracciones tributarias, sin que concurriera ninguna de las tesis que, conforme dispuso el propio legislador (art. 77.4), eran susceptibles de excluir la responsabilidad. Y lo hizo dejando suficiente constancia en el acuerdo sancionador de las razones que cimientan su conclusión*. En esta coyuntura, mal puede sostenerse, como se defiende en los dos motivos de casación, que la Administración tributaria no haya justificado la culpabilidad del Banco Hipotecario de España, SA, y, por ende, motivado en la medida en que resultaba exigible la imposición de la sanción. Cabe recordar que nuestra jurisprudencia, de la que hemos dejado constancia en el fundamento anterior, impide castigar y, por consiguiente, estimar que hubo culpabilidad por el mero y automático hecho de constatar la aislada presencia de alguno de los pormenores a los que nos hemos referido. Pero en modo alguno niega la posibilidad de inferir, razonada, razonablemente y de forma suficientemente explicada, la existencia de aquel elemento subjetivo del juego conjunto de las circunstancias concurrentes. De otro modo, se correría el riesgo de dejar vacía de contenido la potestad sancionadora de la Administración tributaria. A la vista de todo ello, debe concluirse que el acuerdo adoptado el 20 de noviembre de 2003 por la Oficina Nacional de Inspección da cumplimiento a las exigencias de motivación que se reclaman a la

⁶⁰ Como se dijo por ejemplo en Sentencia de 18 de marzo de 2010 (casación 6156/2005, FJ 5.º).

⁶¹ Como se dijo en la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero 2009, FFDD 11 y 12; así como en las SSTs de 25 de junio de 2009, FD 6; 2 de julio de 2009, FD 6; 9 de julio de 2009, FD 4.

⁶² Así ya se había dicho, aparte en Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2008, FD 4, citada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de julio de 2010, en otras como la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2008, FD 9; la de 18 de junio de 2009, FD 3; la de 2 de julio de 2009, FD 7; o la de 16 de septiembre de 2009, FD 4.

imposición de sanciones, que, no debe olvidarse, pueden ser aplicadas por conductas meramente negligentes».

Se concluye con evidencia de la sentencia que **ninguna de las razones aducidas por la Inspección, si fueran aisladas, habrían resultado suficientes para justificar la culpabilidad**, cuya concurrencia resulta insoslayable para imponer la multa. **Lo que aquí ocurre es que, de forma conjunta, el acuerdo sancionador sí puede decirse que ofrezca una motivación en términos precisos y suficientes de la culpabilidad.**

No estamos ante un cambio de criterio o ante una nueva línea jurisprudencial. De hecho, como puede comprobarse, **en una sentencia posterior del mismo ponente, analizadas varias circunstancias concurrentes, se niega la existencia de culpabilidad, precisamente porque se reitera la necesidad de que se dé un conjunto de circunstancias para que pueda reputarse existente y probada su concurrencia** ⁶³.

«La simple afirmación de que no concurre la causa del artículo 77.4, letra d), de la Ley General Tributaria de 1963, porque la norma es clara, no permite, aisladamente considerada, fundamentar la existencia de culpabilidad, pues no implica por sí misma la concurrencia de una conducta negligente en el obligado tributario. En primer lugar, porque la claridad de la norma tributaria aplicable no resulta *per se* suficiente para imponer la sanción. Basta recordar que el artículo 77.4 d) de la Ley General Tributaria de 1963 establecía que la interpretación razonable de la norma era, "en particular", uno de los casos en los que la Administración debía entender necesariamente que el obligado había "puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios", de donde se infiere que aquella claridad no permite, sin más, imponer automáticamente una sanción tributaria, porque es posible que, a pesar de ello, el contribuyente haya actuado diligentemente ⁶⁴. Y, en segundo término, porque no se puede sancionar por la mera referencia al resultado, sin motivar específicamente de dónde se colige la existencia de la culpabilidad ⁶⁵. A mayor abundamiento, según alega Puleva Food, SL, y corrobora la Sala de instancia, no hubo ocultación de datos a la Administración tributaria, debiendo tenerse presente que esta misma Sección ha tomado en consideración en muchas ocasiones la ausencia de ocultación a fin de excluir la simple negligencia, condición mínima imprescindible para sancionar» ⁶⁶.

No son pocas las **sentencias posteriores del Tribunal Supremo confirmando toda su ya muy reiterada y consolidada doctrina sobre la culpa en las sanciones tributarias**, resaltando la necesidad de que esta se pruebe. Como muestras, extractamos algunos párrafos:

⁶³ Es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 2 de noviembre de 2010, en recurso de casación núm. 3364/2007.

⁶⁴ La propia Sala cita las Sentencias de 6 de junio de 2008 (casación para la unificación de doctrina 146/2004, FJ 5.º, in fine), 29 de septiembre de 2008 (casación 264/2004, FJ 4.º), 6 de noviembre de 2008 (casación 5018/2006, FJ 6.º, in fine) y 15 de enero de 2009 (casación 4744/2004, FJ 11.º, in fine).

⁶⁵ La sala cita Sentencias de 6 de junio de 2008 (casación para la unificación de doctrina 146/2004, FJ 6.º) y 18 de abril de 2007 (casación 3267/2002, FJ 8.º).

⁶⁶ La Sentencia cita Sentencias de 6 de junio de 2008 (casación para la unificación de doctrina 146/2004, FJ 4.º), 27 de noviembre de 2008 (casación 5734/2005, FJ 7.º), 15 de enero de 2009 (casación 10237/2004, FJ 13.º) y 15 de junio de 2009 (casación 3594/2003, FJ 8.º).

«En la afirmación de que "no existe ninguna duda razonable que pudiera servir de elemento exonerador de la infracción" subyace el convencimiento de que cabe fundamentar la imposición de sanciones por la mera referencia a la falta de concurrencia de cualquiera de las causas previstas en el artículo 77.4 de la LGT. Pero esta tesis ya ha sido rechazada por esta Sala, entre otras, en la Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (rec. cas. núm. 5734/2005), que ha señalado que la claridad de la norma o la no concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 77.4 de la LGT "es insuficiente para satisfacer las exigencias de motivación de las sanciones que derivan, no solo de la Ley tributaria (en la actualidad, de los arts. 103.3, 210.4 y 211.3 de la Ley 58/2003, y del art. 24.1 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre), sino también de las garantías constitucionales, entre las que hay que destacar el principio de presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la CE (...)

La Abogada del Estado funda su recurso exclusivamente en la inexistencia de una causa excluyente de la culpabilidad que permita excluir la imposición de sanción en el supuesto examinado. Y la Sentencia de instancia pone el acento, por un lado, en la falta de acreditación por la Administración de que la obligada tributaria sancionada hubiera "actuado de forma culpable o negligente", y, por otro, en que no ha existido "motivación suficiente sobre la concurrencia de dolo o culpa", extremos estos –que, como es sabido, implican la lesión por la resolución sancionadora a la postre anulada de los principios de presunción de inocencia y culpabilidad (arts. 24.2 y 25, ambos de la CE, respectivamente)– sobre los que no se contiene razonamiento alguno en el recurso de casación, lo que, unido a las razones antes expuestas, debe conducir a la desestimación del motivo»⁶⁷.

«La Sala considera que lo que subyace en la actuación de la recurrente es una cuestión interpretativa de las normas aplicables. Pero es que, además, lo cual resulta trascendente a los fines enjuiciados, el acuerdo sancionador no contiene con claridad los datos que permitan determinar por qué y en qué medida se incurrió en culpabilidad, pues no motiva de modo específico por qué, en el presente caso, concurre el esencial requisito de la culpabilidad»⁶⁸.

«Dice la sentencia recurrida que la voluntariedad de la infracción concurre cuando el contribuyente conoce la existencia del hecho imponible y lo oculta a la Administración tributaria, a diferencia de los supuestos en que lo declara, aunque sea incorrectamente, en razón a algunas obscuridades de la norma tributaria que justifican una divergencia de criterio jurídico razonable y razonada en cuyo caso nos encontramos ante un mero error que no debe ser sancionable.

En el caso que nos ocupa, no cabe pensar que hubo ocultamiento (...) Puede argüirse que hubo una incorrección contable, pero creemos que la conducta de la recurrente, en todo caso, vino amparada por una interpretación plausible de la norma tributaria.

(...) en cualquier caso, la concurrencia de culpa ha de motivarse debidamente en el acuerdo sancionador y en este caso no lo fue.

⁶⁷ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 30 de junio de 2011, recurso 6176/2008, ponente: Aguillo Avilés, Ángel.

⁶⁸ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 13 de enero de 2012, recurso 2742/2010, ponente: Trillo Torres, Ramón.

En el enjuiciamiento de las infracciones es al órgano sancionador al que le corresponde acreditar la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, entre ellos el de la culpabilidad.

Los razonamientos que sobre el elemento de la culpabilidad ofrecen la resolución de la Administración tributaria y la sentencia a fin de acreditar la ilicitud de la conducta no justifican un pronunciamiento sancionatorio»⁶⁹.

«(...) estimarla, por ser acorde la doctrina sustentada por la Sala de Asturias con la nuestra relativa a que una interpretación razonable de las normas tributarias aplicadas, sin ocultación, falseamientos, dificultad u obstrucción, incumplimientos contables o circunstancias similares, excluyen, en principio, la culpabilidad, requisitos ambos que concurren en el caso»⁷⁰.

«Debe aplicarse en cambio, la existencia de interpretación razonable de la norma, excluyendo por ello la sanción, en el caso de imputación temporal de los beneficios derivados de la venta del ejercicio de 1995 y de las enajenaciones de parcelas de los años 1997 y 1998. En el primer caso, por cuanto no hubo ocultación y la Ley permite mantener la opinión de que el caso de operaciones a plazo, el ejercicio de la opción se puede llevar a cabo en la declaración correspondiente al ejercicio en que tiene lugar el devengo; en el segundo, por cuanto la distinción entre activo fijo y existencias ofrece la complejidad suficiente para considerar aplicable la causa de exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 77.4 d) de la Ley General Tributaria de 1963»⁷¹.

4. LA UTILIZACIÓN INTERESADA DE LA SENTENCIA POR PARTE DEL TEAC

Que conozcamos, **son al menos tres las resoluciones del TEAC que, con una pretendida base en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2010 comentada, han confirmado las sanciones impuestas**, diciendo que, de la aplicación de la sentencia al caso examinado, se aprecia el concurso del elemento subjetivo. Se trata de tres resoluciones, todas ellas de 30 de septiembre de 2010 y de la Sala Primera, Vocalía Tercera, de dicho Tribunal económico-administrativo⁷², que curiosamente, a pesar de ser citadas en conferencias impartidas por miembros de Tribunales económico-administrativos, no se encuentran en las bases de datos⁷³.

Con estas tres resoluciones, **se pretende haber creado doctrina**. Esto es, dado que según el artículo 239.7 de la LGT, «la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Económico-

⁶⁹ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 19 de enero de 2012, recurso 3726/2009, ponente: Martínez Micó, Juan Gonzalo.

⁷⁰ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 20 de enero de 2012, recurso 49/2010, ponente: Trillo Torres, Ramón.

⁷¹ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 1 de marzo de 2012, recurso 422/2008, ponente: Martín Timón, Manuel.

⁷² RG 1923/2009, 5603/2009 y 1985/2009.

⁷³ Agradecemos la amabilidad de la vocalía coordinadora del TEAC que nos las ha facilitado.

Administrativo Central vinculará a los tribunales económico-administrativos regionales y locales y al resto de la Administración Tributaria», **hemos podido constatar que los Tribunales económico-administrativos regionales están confirmando sanciones, en resolución de reclamaciones en las que se había alegado falta de concurrencia del elemento subjetivo o de culpabilidad, porque se consideran vinculados por esta doctrina.** Si se me permite, **todo esto es en realidad una falacia, porque las resoluciones del TEAC dicen basarse en jurisprudencia del Supremo, cuando en realidad la quebrantan frontalmente.**

Las resoluciones, que se limitan a transcribir algunos párrafos de la sentencia del Supremo, resaltan la posibilidad prevista por la ley de sancionar cuando se aprecie culpabilidad en grado de simple negligencia. Nada que objetar a esta afirmación. Pero el problema es que las tres resoluciones carecen del más mínimo razonamiento y justificación de por qué concurre la culpabilidad en el caso concreto, limitándose a copiar la «motivación» que se realiza en cada uno de los acuerdos sancionadores y a recordar lo que nadie niega, que nuestra LGT considera que son infracciones las acciones u omisiones dolosas o culposas con *cualquier grado de negligencia* que estén tipificadas y sancionadas como tales. Lo que no dicen dichas resoluciones es que sea necesario probar la concurrencia de dicha negligencia, exigencia insoslayable como hemos visto, por traslación a nuestro ámbito de toda la dogmática penal, que desde luego ha sido reiteradamente recordada por el Supremo.

Las resoluciones a que hemos hecho referencia dedican, cada una, un extenso fundamento jurídico a la concurrencia de lo que llaman «el elemento subjetivo del ilícito tributario», exponiendo que dicho elemento subjetivo está presente cuando la ley fiscal sanciona las infracciones tributarias cometidas por negligencia simple. Profundizando en dicho concepto, afirman que dicha negligencia consiste en el descuido, en la actitud contraria al deber objetivo de respeto y cuidado del bien jurídico protegido por la norma, los intereses de la Hacienda Pública. La negligencia solo exige, afirman, un cierto desprecio o menoscabo de la norma, una laxitud en la apreciación de los deberes impuestos por la misma.

A continuación exponen las resoluciones cómo el TEAC ha venido manteniendo la vigencia del principio de culpabilidad y cómo se ha admitido que la interpretación razonable o el error pudieran ser causas excluyentes de la culpabilidad, pero matizando: «pero ello ha de ser precisado a fin de no amparar el abuso de la interpretación jurídica y del error de hecho o de derecho por parte de los obligados tributarios». En consecuencia, la mera invocación de estas causas no opera, sostiene el TEAC, de modo automático, como algo que excluye la culpabilidad, «sino que han de ser ponderadas caso por caso, en función de las circunstancias concurrentes, de tal modo que excluyan la conducta como negligente, ya sea por la existencia de una laguna legal, ya por no quedar clara la interpretación de la norma o porque la misma revista tal complejidad que el error haya de reputarse invencible».

Estos párrafos, con el debido respeto, resultan absolutamente superfluos, desde el momento en que la LGT ya recoge en su artículo 179 el llamado principio de responsabilidad en materia de infracciones tributarias, y ya contempla expresamente la eximente basada en la interpretación razonable de la norma. **Lo que debería hacer el TEAC en la revisión de los acuerdos sancionadores, como debería hacer la Administración cuando sanciona, es distinguir entre la tipicidad –con**

sus elementos objetivos y subjetivos, siendo estos últimos, como sabemos, la culpa, la negligencia o incluso el dolo— y la culpabilidad como capacidad para responder o reprochabilidad, y analizar puntual y exactamente si en el caso concreto se ha probado la concurrencia de todos estos elementos.

Copiar retahílas de lugares comunes y generalidades sobre la culpabilidad del tipo «el elemento de la culpabilidad y su requisito básico, que es la imputabilidad, entendida como la capacidad de actuar culpablemente, están presentes en nuestro ordenamiento jurídico fiscal»; **citar sentencias y resoluciones ciertamente añejas y superadas** —las resoluciones del TEAC que comentamos se limitan a citar nada menos que una Resolución del TEAC de 21 de octubre de 1987 y una Sentencia del Supremo de 19 de diciembre de 1997— **nada aporta al recurrente, que lo que requiere es que se le motive suficientemente, y justifique, oportunamente, la concurrencia en su caso, y no en la generalidad de los mismos, de la culpabilidad.**

Así lo viene requiriendo, reiteradamente, el Tribunal Supremo, como puede verse en la más reciente y, desde luego, posterior a la de 12 de julio de 2010, sentencia ⁷⁴ en la que, tras cita de numerosísimas sentencias en el mismo sentido ⁷⁵, recordando que «no es posible sancionar por la mera referencia al resultado, sin motivar específicamente de donde se colige la existencia de culpabilidad», o que «no se puede por el mero resultado y mediante razonamientos apodícticos sancionar, siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que esta se infiere», sostiene que como «**el examen de culpabilidad lo realiza la Administración de forma general y abstracta, sin descender a cada uno de los supuestos y ofrecer una explicación razonable de lo insostenible de la conducta del sujeto pasivo**», se debe estimar el recurso.

La de 12 de julio de 2010 no es **una sentencia aislada ni que suponga un corte con la jurisprudencia anterior**. El Supremo viene reiterando hasta la saciedad que es insuficiente la motivación de la culpa basada en la mera referencia a la ausencia de una interpretación razonable de las normas ⁷⁶, y que **el que no pueda alegarse imprecisión de las normas reguladoras del impuesto no es motivo suficiente para considerar comportamiento negligente** ⁷⁷; así como que **el principio de presunción de inocencia garantizado en el artículo 24.2 de la CE no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión** mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable, entre otras razones, porque dicho precepto no agota todas las hipótesis posibles de ausencia de culpabilidad.

⁷⁴ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 2 de diciembre de 2010, dictada en recurso de casación núm. 6580/2005. Similar a la de 3 de diciembre de 2010, en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 306/2009.

⁷⁵ STC 164/2005; SSTs de 6 de junio de 2008, de 6 de noviembre 2008, rec. cas. núm. 5018/2006, STC 7/1998, de 13 de enero; SSTC 161/2003, de 15 de septiembre, y 193/2003, de 27 de octubre; AATC 250/2004, de 12 de julio; 251/2004, de 12 de julio; 317/2004, de 27 de julio, STC 324/2004, de 29 de julio; STC 484/2004, de 30 de noviembre.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 16 de diciembre de 2010, en recurso de casación núm. 3056/2007, que a su vez cita otras sentencias.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 18 de noviembre de 2010, en recurso de casación 261/2007.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2010 ⁷⁸ había insistido en lo mismo, esto es, en que **la Administración tributaria, tanto en fase de gestión como de resolución de reclamaciones, no puede fundamentar la existencia de la culpabilidad precisa para sancionar y, por ende, la imposición de las sanciones, exclusivamente en la claridad de las normas aplicables**, algo que también se sostiene en la de 23 de septiembre de 2010 ⁷⁹.

Esto es lo que hacen las resoluciones del TEAC, basar las sanciones exclusivamente en un argumento, lo cual viene siendo reiterada y constantemente considerado por nuestro Tribunal Supremo como insuficiente.

Lo que se infiere de lo anterior es que, **la cita por el TEAC de una Sentencia del Tribunal Supremo de 1997 en la que, según el Tribunal económico-administrativo refiere, se «matizaba que no bastaba la discrepancia jurídica, sino que era necesario que la misma tuviera un necesario grado de razonabilidad, pues de otro modo bastaría cualquier tipo de alegación contraria a la sustentada por la Administración para que las conductas objetivamente sancionables quedaran impunes» es improcedente**, por estar dicha doctrina abrumadoramente superada; superada no solo porque no puede hablarse de «conductas objetivamente sancionables», porque en la tipicidad se incluyen elemento objetivo y subjetivo, sino porque **soslaya, al menos imprudentemente, todas las sentencias posteriores en las que se insiste en que no puede dejarse al arbitrio de la Administración decidir lo que es o no razonable**, pues no existe un canon seguro de razonabilidad, una valoración media de lo que es razonable (lo que en la práctica se traduciría en que solo sería razonable lo que a la Administración le pareciera) **y en que basta que el razonamiento ofrecido por el sujeto sancionado no sea descabellado**, porque los errores de derecho no pueden ser objeto de sanción ⁸⁰.

Una de las resoluciones del TEAC que mencionamos en este estudio (RG 5603/2009) se limita a afirmar que **«no nos encontramos en un caso de una interpretación razonable de una norma, de un criterio técnico razonable»**, sin explicar en ningún momento por qué el razonamiento de la recurrente no se considera merecedor de dicho calificativo, si el error no podía reputarse disculpable, o por qué la norma es tan obviamente clara. Sin solución de continuidad, pasa a afirmar que «por tanto», concurre el elemento de la culpabilidad, sin que pueda ampararse su conducta en la complejidad de las normas ni en la existencia de lagunas.

Que después de todo «lo que ha llovido», y permítaseme esta expresión, se insista en estos argumentos, honestamente, provoca incluso indignación. ¿Pero en qué se basa la Inspección para

⁷⁸ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso 6156/2005.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 23 de septiembre de 2010, en recurso de casación núm. 6163/2005,

⁸⁰ Así se había venido sosteniendo y se confirma por Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 18 de noviembre de 2010, en recurso de casación núm. 2430/2007 o por Sentencia del mismo Tribunal, Sala y Sección de 10 de noviembre de 2010, en recurso de casación 16/2005: «La tesis de la parte recurrente constituye una interpretación errónea pero razonable de la normativa tributaria y, en definitiva, acredita la creencia del sujeto pasivo de que obraba con arreglo a la Ley, por un disculpable error en la comprensión de una materia cuya complejidad se presta a mantener posturas divergentes, por lo que tal conducta no puede ser calificada de culpable, ni siquiera por negligencia, de acuerdo con la referida construcción jurisprudencial del principio de culpabilidad».

afirmar que la interpretación de la norma realizada en el caso concreto no es razonable, para sostener que el criterio técnico empleado no lo es? ¿Tiene la Administración el parámetro universal de la razonabilidad? ¿Pero qué norma tributaria es clara, considerado el conjunto de preceptos en que debe sistemática y teleológicamente interpretarse? ¿De veras no concibe la Administración una interpretación errónea pero razonable de la normativa tributaria? ¿No considera digno de disculpa un error en la comprensión de una regulación ingente, cambiante, y de todo punto de vista compleja?

Otra de las resoluciones del TEAC, la de RG 1985/2009, tras la transcripción de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2010, traída como justificación para confirmar la posibilidad de sancionar cuando se aprecie culpabilidad en grado de simple negligencia, señala que **no son atendibles las alegaciones relativas a la consignación errónea de determinados datos en la declaración, y que la invocación de un error como ese no significa que la conducta no sea sancionable**. La única argumentación el TEAC es esta. Dice la resolución –citando una Sentencia del Tribunal Supremo de 2004 que estableció que el reconocimiento de un error por parte de una entidad supone incurrir en negligencia–, que «permitir que ante cualquier error interno de una entidad o que ante cualquier confusión o error se incumplan deberes de los obligados tributarios supondría vaciar de contenido las facultades de la Inspección»; y concluye afirmando que «de todo lo anterior se desprende que la administración de la entidad no actuó con la diligencia debida y necesaria ni con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. De forma que no concurriendo ninguno de los supuestos de exención de responsabilidad del artículo 179.2 de la LGT, debe concluirse que la entidad incurrió en infracción tributaria leve tipificada en el artículo 191 de la LGT, ya que incurrió, al menos, en negligencia».

Pues bien, ante afirmaciones como esa, deben oponerse las múltiples sentencias en las que se afirma que la mera referencia a las claras omisiones de las declaraciones y liquidaciones debidas no es motivo suficiente para imponer sanción tributaria, la cual no puede fundarse en la mera referencia al resultado ni en la simple constatación de la falta de un ingreso; debe decirse que la falta de diligencia que demuestra el sujeto cuando asume su error no es sino un elemento del tipo, pero que debe acreditarse adicionalmente la culpabilidad, es decir, que debe exigirse que se razone por qué el error cometido por la entidad no es disculpable ⁸¹.

La tercera de las Resoluciones del TEAC de 30 de septiembre de 2010 a que hacemos referencia (RG 1923/2009) insiste en generalidades sobre el principio de culpabilidad como las dos resoluciones anteriores, trae a colación la Sentencia del Supremo de 12 de julio de 2010 para recordar que se pueden imponer sanciones cuando se aprecie mera negligencia, y concluye, finalmente, afirmando que **«aplicando lo expuesto al caso aquí examinado, nos encontramos con una forma societaria, a la cual por propia definición, finalidad y estructura se ha de requerir un conocimiento y cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones contables y fiscales superior al ciudadano común ajeno por formación y ocupación al mundo jurídico tributario, y nos encontramos no ante una compleja operación económico-financiera cuya tributación pudiere dar lugar a opiniones contradictorias»**; también afirma que «atendiendo a la dimensión de la entidad y al sector en que ejerce su actividad no debería entrañar

⁸¹ Puede ser de utilidad la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 16 de diciembre de 2010, recurso núm. 3056/2007.

dudas en el reclamante, por lo que entendemos que en la conducta del interesado concurre descuido en la actuación y lasitud en la apreciación de los deberes impuestos por la norma».

De nuevo el TEAC pretende sin más estimar una conducta como merecedora de sanción, sin que se haya acreditado la culpa ni siquiera en el grado de negligencia que estima concurrente, calificándola de reprochable exclusivamente porque por la forma jurídica de la entidad, en concreto, por tener forma societaria, y porque por su dimensión se le supone más conocimientos de Derecho tributario que al ciudadano común. Pero, aclárenos, ¿quién es ese ciudadano común, que entiende razonablemente las normas, porque son claras?, ¿por qué un empresario, vinicultor especializado, debe saber Derecho tributario por el hecho de que su bodega sea grande y conocida? ¿Es que estamos ante un Derecho tributario sancionador de autor? En Derecho penal, los delitos que pueden ser realizados únicamente por personas que reúnen ciertos requisitos reciben el nombre de delitos especiales, ¿en eso estamos en Derecho sancionador tributario, cuando tenemos distintas reacciones en función de la diferente naturaleza o entidad del sujeto?

Desde luego no es esto lo que dijo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de julio de 2010, ni tampoco es lo que ha venido sosteniendo dicho Tribunal, ni antes ni después de dicha sentencia en la que el TEAC pretende ampararse. Ante afirmaciones de esta índole procedentes de la Administración o de los Tribunales económico-administrativos, ha de oponerse que **ni la dimensión de la empresa, ni su especialización en el sector, en el que ejerce su actividad de forma habitual, ni la suposición de que por su volumen y actividad habitual, deba contar con un departamento administrativo capaz de responder a las exigencias materiales y formales de las normas fiscales, son razones suficientes, en sí mismas, para considerar cumplido el requisito de la negligencia**⁸².

Conforme a la jurisprudencia del Supremo, **lo que no cabe de ningún modo es concluir que la actuación del obligado tributario ha sido dolosa o culposa atendiendo exclusivamente a sus circunstancias personales, imponer una sanción a un obligado tributario (o confirmarla en fase administrativa o judicial de recurso) por sus circunstancias subjetivas –aunque se trate de una persona jurídica, tenga grandes medios económicos, reciba o pueda recibir el más competente de los asesoramientos y se dedique habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida–** si la interpretación que ha mantenido de la disposición controvertida, aunque errónea, puede entenderse como razonable⁸³.

Y finalmente, concluimos confirmando que en ningún caso puede decirse que el TEAC esté sistemáticamente negando la concurrencia del elemento subjetivo, como puede verse en una reciente resolución mucho más razonable, en que puede leerse:

⁸² Así, por ejemplo, puede verse un muy completo razonamiento sobre este particular en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 30 de septiembre de 2010, en recurso de casación 6428/2005, en la que se identifica la existencia de simple negligencia con la circunstancia de que el importador está especializado en el sector de los vinos y los mostos.

⁸³ Véanse Sentencia de 26 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 7435), cit., FD Cuarto; Sentencias de 18 de junio de 2009 (rec. cas. núm. 2784/2003) (RJ 2009, 4660), FD Tercero; de 2 de julio de 2009, cit., FD Séptimo; de 16 de septiembre de 2009 (rec. cas. núms. 4228/2003 y 5481/2003 (RJ 2009, 7237), FD Cuarto, y más reciente, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2010, en recurso 4693/2007.

«El acuerdo de imposición de sanción fundamenta básicamente la falta de diligencia en que la norma que regula los supuestos de no sujeción es clara y expresa, y que una simple consulta a la normativa aplicable al caso y a las interpretaciones que la Dirección General de Tributos hace de ella, hubiera subsanado cualquier duda al respecto (...) este Tribunal solo puede declarar no ajustado a derecho el acuerdo de imposición de sanción por una falta de fundamentación jurídica del elemento subjetivo de la infracción. Es decir, la Dependencia Regional de Inspección, una vez que fija los hechos en los que se basa la regularización funda la imposición de las sanciones en la ausencia de una interpretación razonable de la norma. Tales razonamientos no son suficientes por sí mismos para fundamentar la imposición de una sanción, ya que la no concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 179.2 de la Ley 58/2003 General Tributaria, de exoneración de responsabilidad, no es suficiente para fundamentar la sanción, porque el principio de presunción de inocencia garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o, dicho de manera más precisa, mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable dado que la normativa a aplicar es suficientemente clara»⁸⁴.

5. CONCLUSIONES

Un adecuado deslinde entre figuras semejantes, y una matizada y adecuada traslación al Derecho tributario sancionador de los conceptos y la dogmática penal, permitirían afinar más las alegaciones a oponer frente a actos de imposición de sanciones de la Administración tributaria.

Una conducta, para ser infracción y poder ser sancionada, precisa reunir los elementos esenciales de la tipicidad –elementos objetivo y subjetivo–, pero además es menester que pueda ser reprochada al autor, siendo especialmente importante, por su trascendencia práctica respecto de la carga de la prueba, la aplicación del principio de culpabilidad que conecta con la presunción de inocencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2010, que confirma una sanción tributaria, es una sentencia ponderada, adecuada y razonada para el caso concreto para el que se dicta, y que por tanto no puede extrapolarse y utilizarse para justificar motivación suficiente en cualquier acuerdo sancionador y para evitar la acreditación por parte de la Administración de los elementos esenciales de la infracción tributaria. Prueba de ello son las muchas sentencias, anteriores y posteriores a la misma, que inciden en los mismos argumentos, y que no hacen sino confirmar que la culpabilidad es un elemento esencial que debe motivarse y probarse. Y en este sentido, un elemento aislado, exclusivamente considerado, no es suficiente para justificar un acuerdo sancionador.

Tres resoluciones del TEAC, que parecen dictadas *ad hoc* para crear doctrina, utilizaron, cada una de ellas, un solo argumento para estimar concurrente el elemento subjetivo y confirmar las sanciones: el de la interpretación razonable de las normas, el de las circunstancias subjetivas que con-

⁸⁴ Resolución de 21 de septiembre de 2010, n.º 00/7130/2008, de la Vocalía 4.ª.

curren en el obligado, y el de la ausencia de omisiones o la comisión de meros errores. Ninguno de ellos, aisladamente considerados, es suficiente para motivar una sanción. Por lo que su pretendida base en la Sentencia de 12 de julio de 2010 para crear precedente cae por su propio peso.

El problema es que esta doctrina económico-administrativa, aunque sea equivocada, obliga a los órganos inferiores a seguirla, por lo que se hace preciso recurrir las resoluciones que la apliquen, en la idea de que los Tribunales de Justicia puedan seguir poniendo las cosas en su sitio.

CUESTIONES A DEBATE...

(Ponencia del Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria)

EL MATRIMONIO Y SU FISCALIDAD

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Extracto:

Los efectos fiscales derivados del matrimonio se despliegan antes, durante y con la ruptura del mismo. Efectos fiscales que pueden jugar un papel determinante a la hora de aumentar o reducir la carga fiscal, pues no ha de olvidarse que junto a los aspectos favorables que pueden resultar de la aplicación de la normativa establecida, se unen otros negativos, siempre, claro está, condicionado por las circunstancias específicas de cada matrimonio.

Por ello, el **Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria** que se imparte en el **CEF** ha querido dedicar una de sus últimas ponencias de este curso académico al estudio del matrimonio y su fiscalidad. Durante el transcurso de la misma, y tras el análisis del derecho civil aplicable en esta materia, se analizaron, entre otros, temas como los efectos del incumplimiento de la promesa de matrimonio, la complejidad de la individualización de las rentas, la tributación de la pensión compensatoria, la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales o la tributación de los seguros colectivos de vida en el caso de primas pagadas con cargo a la sociedad de gananciales.

El presente artículo es resumen de la conferencia que tuvo lugar el día 10 de mayo de 2012.

Palabras clave: matrimonio, fiscalidad, régimen económico-matrimonial, crisis matrimoniales y parejas de hecho.

ISSUES TO DEBATE...

(Ponencia del Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria)

MARRIAGE AND ITS TAXATION

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Abstract:

THE tax effects of marriage are deployed before, during and the break-up of the same. Tax purposes that may play a decisive role to increase or reduce the tax burden, because it should not be forgotten that along with favourable aspects which may result from the application of the established rules, join other negatives, always, course, conditioned by the specific circumstances of each marriage.

Therefore, the **Tax Improvement and Updating Course** that is taught in the CEF has wanted to dedicate one of his last presentations of this academic year to the study of marriage and its taxation. During the course of the same, and after analysis of the civil law applicable in this area, were analysed, among others, topics such as the effects of the breach of promise of marriage, the complexity of the individualisation of pensions, taxation of compensatory allowance, the dissolution and winding up of community of property or taxation of group life insurance in the case of premiums paid out of community property.

This article is a summary of the conference which took place on May 10, 2012.

Keywords: marriage, taxation, economic matrimonial, matrimonial crisis and unmarried couples.

Sumario

1. Consideraciones previas.
2. Efectos fiscales anteriores al inicio del matrimonio.
3. Efectos fiscales durante el matrimonio.
4. Fiscalidad de las crisis matrimoniales.
5. Aportaciones y adjudicaciones en la sociedad conyugal; disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.
6. La fiscalidad de las parejas de hecho.
7. Seguros colectivos de vida.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como bien es sabido, la norma fiscal se ocupa de regular todos aquellos aspectos relativos a la tributación, sin definir previamente los conceptos u operaciones a los que hace tributar. Por ello, se hace necesario acudir, como paso previo al estudio de la fiscalidad de una determinada operación, al derecho privado, y concretamente, en relación con la materia que nos ocupa, al derecho civil.

El Código Civil (CC) se configura como una norma base del derecho civil, siendo los artículos que regulan los aspectos relativos al matrimonio los que se indican a continuación:

Título Preliminar De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia	Capítulo IV Normas de Derecho Internacional Privado (<i>arts. 8 a 12 CC</i>)
	Capítulo V Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional (<i>arts. 13 a 16 CC</i>)
Libro I De las personas	Título IV Del matrimonio (<i>arts. 42 a 107 CC</i>) Título V De la paternidad y filiación (<i>arts. 108 a 153 CC</i>)
Libro III De los diferentes modos de adquirir la propiedad	Título II De la donación (<i>arts. 618 a 656 CC</i>)
	Título III De las sucesiones (<i>arts. 657 a 1.087 CC</i>)
Libro IV De las obligaciones y contratos	Título II Del régimen económico-matrimonial (<i>arts. 1.315 a 1.444 CC</i>)

Si bien, la facultad de que disponen las comunidades autónomas sobre modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales está configurando un complejo marco normativo a la hora de conocer el derecho civil aplicable, como sucede en el tema objeto de estudio. Ello se debe a la existencia de territorios de derecho foral con derecho civil propio, pues dichos derechos civiles coexisten en España junto a lo regulado por el CC (corresponden a las comunidades autónomas de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, País Vasco y Valencia y a la comunidad foral de Navarra) con sus distintas particularidades y con técnicas legislativas totalmente diferentes.

Un estudio en profundidad de esta materia exigirá conocer el derecho civil aplicable en caso de vecindad civil, régimen económico-matrimonial, pareja de hecho y derecho sucesorio.

2. EFECTOS FISCALES ANTERIORES AL INICIO DEL MATRIMONIO

Dos son las operaciones reguladas en el CC que generan efectos fiscales con anterioridad al matrimonio y son:

- Incumplimiento de la promesa de matrimonio. Regulada en los artículos 43 y 1.902 del CC, genera una ganancia patrimonial no exenta en la persona que se ve resarcido del daño causado.
- Donaciones por razón de matrimonio. Reguladas en los artículos 1.336 y 1.342 del CC y definidas como aquellas donaciones que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos, suponen la tributación por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD). En caso de producirse dicha donación, la misma debería efectuarse al familiar directo, pues no ha de olvidarse que nos encontramos en un momento previo a la celebración del matrimonio y, en caso contrario, se estaría efectuando una donación entre extraños.

3. EFECTOS FISCALES DURANTE EL MATRIMONIO

Régimen económico-matrimonial

El CC establece que el régimen económico-matrimonial será el que los cónyuges estipulen en sus capitulaciones matrimoniales, pudiendo otorgarse las mismas antes o después de la celebración del matrimonio.

A falta de capitulaciones, el régimen común aplicable será el de la sociedad de gananciales, si bien el matrimonio podrá pactar el régimen de separación o el de participación.

Puede parecer, ya centrándonos en el tema fiscal, que el régimen de separación podría resolver aquellas dificultades que surgen en la tributación en temas como la individualización de rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). Si bien, este régimen tampoco se queda al margen de ciertas complicaciones. Véase lo siguiente: Cuenta común para hacer frente a las cargas que surjan, pero, ¿en proporción al nivel de ingresos?, ¿y si las nóminas son muy dispares?

En diferentes consultas, la Dirección General de Tributos (DGT) ha analizado diversos pactos establecidos por cónyuges en las capitulaciones matrimoniales, con repercusión en el IRPF y en el ISD. De interés resulta el análisis de las Consultas DGT, de 7 de febrero de 2005, n.º V0158/2005

(NFC021486), de 17 de septiembre de 2004, n.º 1720/2004 (NFC019954), y de 25 de septiembre de 2003, n.º 1430/2003 (NFC018334).

Individualización de las rentas en el IRPF en caso de matrimonio

La norma fiscal establece un régimen de individualización de rentas cuyo resultado viene condicionado por el régimen económico-matrimonial, y por el origen o fuente de las rentas percibidas por los cónyuges.

La individualización de las rentas en el IRPF se configura como uno de los temas más complejos del impuesto en caso de matrimonio, pues las normas contenidas en el artículo 11 de la Ley del IRPF se entremezclan con las normas civiles, si bien, primando la aplicación de la norma fiscal sobre la norma civil, por aplicación del principio de especialidad.

Y presenta su mayor complejidad en las reglas relativas a rendimientos de capital, rendimientos de actividades económicas y ganancias y pérdidas patrimoniales. (Véase, por ejemplo, el supuesto de rentas generadas por un bien privativo durante el matrimonio). Reglas que dada la progresividad del IRPF perjudican, por ejemplo, al matrimonio en el cual, por decisión compartida, solo uno de los cónyuges trabaja fuera del hogar. Por ello, sucede con frecuencia que aunque únicamente uno de los cónyuges obtenga rendimientos por actividades económicas, se reconozca que ambos trabajan por cuenta propia. De esta manera, el cónyuge se asegura una pensión y lo más importante, consiguen rebajar la progresividad del impuesto.

Respecto a las ganancias patrimoniales sucede lo mismo. Tómese, como ejemplo, la Consulta DGT, de 16 de enero de 2012, n.º V0027/2012 (NFC043448), en la cual un contribuyente, ganador del premio de un concurso radiofónico, por enviar un SMS, pretende una distribución a partes iguales del importe del premio entre él y su cónyuge con base en razones como que el coste del servicio telefónico lo paga el ganador a medias con su cónyuge y de que la idea de enviar el mensaje fuera de ambos. La DGT resuelve que el premio se considera exclusivamente ganancia patrimonial del contribuyente ganador, no pudiendo por tanto el contribuyente rebajar la progresividad del impuesto.

La solución a estas situaciones se alcanzaría con el establecimiento en el IRPF de un tipo fijo al igual que sucede en el Impuesto sobre Sociedades (IS) (si obviamos la pequeña escala existente en caso de empresas de reducida dimensión). Existe progresividad en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP), ISD e IRPF, pero no en el IS. Pero, ¿por qué existe disparidad entre la persona física y jurídica?, ¿por qué no se establece un mínimo exento en el IRPF y sobre el resto se tributa a un tipo fijo?

Cuantificación de las rentas

Contratar matrimonio, así como la llegada de los hijos, tiene efectos en la cuantificación de las rentas, pues el legislador ha establecido normas generales y normas cautelares de cuantificación de la base imponible. Por citar alguna de las normas generales hacemos mención a las reducciones por

aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social en el supuesto de aportaciones al cónyuge del contribuyente (art. 51.7 de la Ley IRPF) y a las primas de seguro de enfermedad [art. 42.2 f) de la Ley IRPF].

En esta ocasión nos vamos a centrar en las normas cautelares reguladas en la Ley del IRPF, pues a diferencia de lo que ocurre en el IS, en el cual únicamente la regla de operaciones vinculadas constituye una norma cautelar de cuantificación de la base imponible, en el IRPF dada la existencia de vínculos emocionales son diversas las medidas de este tipo que encontramos a lo largo de la normativa que regula esta materia.

Rendimientos del capital inmobiliario

Respecto a los rendimientos del capital inmobiliario, la Ley del IRPF, en su artículo 24, establece una cautela introduciendo un rendimiento mínimo computable en caso de parentesco hasta el tercer grado, que coincide con el resultado de aplicar las reglas de imputación de rentas inmobiliarias.

Con esta norma cautelar, el legislador pretende evitar situaciones como la que se produciría en el caso de que el pago por alquiler fuera inferior a su precio real, y que podrían dar lugar a un rendimiento neto nulo al computar un determinado importe en concepto de gastos.

Caso distinto sería la cesión gratuita de una vivienda al resultar aplicable bajo este supuesto la presunción prevista en el artículo 6 de la Ley del IRPF.

En el supuesto de que un padre cediera sin contraprestación una de sus viviendas a uno de sus hijos, y este la utilizara como vivienda y como despacho profesional, la calificación variaría, pues por la parte proporcional correspondiente al despacho se generaría una imputación de rentas y una donación del padre al hijo. Si bien, dicha calificación presenta cierta complejidad a la hora de su tributación pues, ¿cuándo se produce el devengo y el hecho imponible y cuál sería la base imponible de la donación si no se efectúa cobro alguno? En este supuesto, la calificación de la parte correspondiente a la vivienda también queda en el aire.

Rendimientos de actividades económicas

La regla establecida en el artículo 29.3 de la Ley del IRPF determina que los elementos patrimoniales comunes a ambos cónyuges, en caso de matrimonio, se entienden plenamente afectos a la actividad económica ejercida por cualquiera de ellos. De esta manera, el cónyuge titular de la actividad económica se va a computar íntegramente los gastos derivados de tales bienes o derechos comunes, como podría ser la amortización de los mismos.

Esta regla general hay que ponerla en relación con la norma cautelar señalada en el segundo párrafo de la regla 3.^a del artículo 30.2, referente a las cesiones de bienes y derechos entre miembros de la unidad familiar, la cual presenta una redacción que genera cierta confusión al combinar en la misma el imperativo «deberá» con el potestativo «podrá».

Dispone el artículo 30.2, regla 3.^a, de la Ley del IRPF:

«3.^a Cuando el cónyuge o los hijos menores del contribuyente que convivan con él realicen cesiones de bienes o derechos que sirvan al objeto de la actividad económica de que se trate, se deducirá, para la determinación de los rendimientos del titular de la actividad, la contraprestación estipulada, siempre que no exceda del valor de mercado y, a falta de aquella, podrá deducirse la correspondiente a este último. La contraprestación o el valor de mercado se considerarán rendimientos del capital del cónyuge o los hijos menores a todos los efectos tributarios.

Lo dispuesto en esta regla no será de aplicación cuando se trate de bienes y derechos que sean comunes a ambos cónyuges.»

Esto es, en un supuesto en el cual la señora X le cede al señor Y un local de su propiedad heredado de sus padres, que este utiliza en su actividad económica, y por el cual no recibe contraprestación alguna, el señor Y podrá deducirse como gasto, al ser un bien privativo de su esposa, el valor de mercado del alquiler al no existir estipulación contractual (dicho gasto no ha de anotarse de manera obligatoria en el libro registro de gastos al no tener tal consideración, si bien puede resultar recomendable), teniendo la consideración por ese mismo importe para la señora X de rendimientos de capital.

La no aplicación de esta norma para la cesión de bienes y derechos comunes establece la no consideración como ingreso/gasto de la contraprestación que ambos pudieran pactar o del valor normal de mercado de la cesión de los mismos.

Otra norma cautelar tomada por la Ley del IRPF alcanza a las cesiones de bienes y derechos entre miembros de la unidad familiar, regulada en la regla 2.^a del artículo 30.2 de la Ley del IRPF.

Operaciones vinculadas

Constituye una medida cautelar en caso de vinculación socio persona física-sociedad (art. 41 de la Ley IRPF y art. 16.3 del TRLIS). Esto es, esta medida nunca alcanza la relación entre dos personas físicas.

Mínimo personal y familiar

El cálculo de la retención, la tributación conjunta y el mínimo personal y familiar son otros aspectos de la tributación que se ven afectados por la situación familiar del contribuyente. A este respecto, centramos nuestra atención en este caso en el mínimo personal y familiar y, concretamente, en los efectos que sobre su cálculo puede tener la Sentencia del Tribunal Constitucional, n.º 19/2012, de 15 de febrero de 2012 (NCJ056426).

El artículo 40.3.1.º b) de la Ley 40/1998 (Ley IRPF) atribuye el derecho a practicarse la reducción por los gastos que genera el mantenimiento de los descendientes, no a quienes efectivamente

soportan esos gastos, sino exclusivamente al progenitor o progenitores con quien conviven, asumiendo el criterio de la convivencia como factor diferencial en lugar del de la dependencia económica.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha impuesto la obligación de desvincular la convivencia para la aplicación del mínimo familiar, y ello con base en el concepto de familia constitucionalmente protegida.

4. FISCALIDAD DE LAS CRISIS MATRIMONIALES

La ruptura del matrimonio en cualquiera de las formas reconocidas (separación de hecho, nulidad matrimonial, separación legal y divorcio) presenta repercusiones fiscales de distinta naturaleza.

Destacamos a continuación, los aspectos más relevantes de las mismas:

- Separación de hecho.

Las cantidades satisfechas a la expareja no reducen la base imponible del IRPF del pagador.

- Nulidad matrimonial.

La indemnización efectuada a favor del cónyuge de buena fe, conforme al artículo 98 del CC, supone una ganancia patrimonial para el perceptor.

- Separación legal y divorcio.

Regulados, respectivamente, en los artículos 81 a 84 y 85 a 89 del CC.

El uso de la vivienda no presenta incidencia fiscal alguna. Por un lado, no se produce el hecho imponible de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD). Por el otro, de la adquisición de una nueva vivienda aportando para su adquisición la pensión alimenticia de los hijos capitalizada no se deriva la existencia de donación alguna. Véase a este respecto la Consulta DGT, de 1 de septiembre de 2006, n.º V1719/2006 (NFC023542).

Respecto a la pensión compensatoria, regulada en el artículo 97 del CC con el objeto de evitar el desequilibrio económico que la separación o divorcio puede producir a uno de los cónyuges, cabe resaltar en primer lugar que la misma se configura a efectos del IRPF:

- Para el perceptor (sea satisfecha o no por decisión judicial) como rendimiento del trabajo [art. 17.2 f) de la Ley IRPF].
- Para el pagador siempre que la pensión sea satisfecha por decisión judicial será objeto de reducción de su base imponible (art. 55 de la Ley IRPF).

Pero, ¿qué ha de entenderse por la expresión «satisfechas por decisión judicial»?

Según dispone la Consulta DGT, de 6 de octubre de 2005, n.º V1988/2005 (NFC032465), la expresión «satisfechas por decisión judicial» a que se refiere la Ley del IRPF comprende, respecto a las pensiones a favor del cónyuge del artículo 97 del CC, no solo las fijadas directamente por el Juez sino también las que se contienen en los convenios reguladores, siempre que estos sean aprobados por el Juez, comprendiendo cualquiera de las fórmulas de compensación de la situación económica del cónyuge válidamente admitidas en Derecho, según los preceptos del CC, artículos 90 y 97.

Y, ¿dan derecho a practicar la reducción de la base imponible las cantidades abonadas como pensión compensatoria en virtud de convenio regulador con anterioridad a la resolución judicial?

Solo pueden reducir la base imponible las cantidades que se satisfagan a partir de la resolución judicial, salvo que en la sentencia de separación se reconozca carácter retroactivo, como sucede al ratificar lo contenido en el convenio regulador aportado en la presentación de la demanda de separación. Si se ha producido esta ratificación, el pagador podrá solicitar a partir de la sentencia, la rectificación de las declaraciones presentadas, sin que en ningún caso se pueda aplicar la reducción de la base por cantidades satisfechas antes de la presentación de la demanda de separación [Consulta AEAT, de 8 de marzo de 2002, n.º 1195/2002 (NFC019105)].

Y por último en lo que a la pensión compensatoria se refiere, cabe señalar que aunque la forma habitual de pago de las pensiones compensatorias sea mediante pagos periódicos en dinero, el CC en su artículo 99 prevé que podrá convenirse la sustitución de la pensión por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero, no modificándose por ello la calificación fiscal antes indicada, si bien surgirán del cambio algunas particularidades fiscales, que han quedado reflejadas en las Consultas DGT, de 21 de febrero de 2012, n.º V0368/2012 (NFC043810), y de 21 de abril de 2004, n.º 1057/2004 (NFC019093).

Del análisis de la Consulta de fecha de 21 de febrero de 2012, en la cual se analiza un supuesto en el que el consultante está tramitando su divorcio y en el mismo se contempla la posibilidad de adjudicar a su cónyuge la propiedad de la mitad de la vivienda que ha constituido su domicilio conyugal, se obtiene una doble conclusión:

- La DGT viene manteniendo el criterio de que la sustitución a que hace referencia el artículo 99 del CC permite aplicar la reducción por pensión compensatoria del artículo 55 de la Ley del IRPF. En el caso consultado, la sustitución del pago de la pensión compensatoria a favor del cónyuge, mediante la cesión del 50 por 100 de la propiedad de la vivienda, da derecho a la reducción de la base imponible general del pagador sin que pueda resultar negativa como consecuencia de esta disminución. El remanente, en el supuesto de que existiera, podrá reducir la base imponible del ahorro sin que esta, igualmente, pueda resultar negativa como consecuencia de dicha minoración.
- La transmisión de tales bienes originará en el consultante una ganancia o pérdida patrimonial, que se calculará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 31 y siguientes de la Ley del IRPF.

Por su parte, la tributación del perceptor la encontramos en la segunda de las consultas mencionadas anteriormente, en la cual se determina que el importe de la prima que perciba el excónyuge

como consecuencia del contrato de un seguro de renta vitalicia de prima única o el pago único recibido en sustitución de la pensión compensatoria comportan para aquel la obtención de rendimientos del trabajo (por el importe de la prima, en el primer caso, o por el capital recibido, en el segundo caso), tal como resulta de lo dispuesto en la Ley del Impuesto, que otorga tal calificación a «las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge», operando a su vez la reducción del 40 por 100 prevista para las rentas calificadas reglamentariamente como obtenidas de forma notoriamente irregular en el tiempo. (Téngase en cuenta que para periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2011 la cuantía del rendimiento íntegro sobre la que se aplica la reducción del 40% no podrá superar el importe de 300.000 euros anuales).

5. APORTACIONES Y ADJUDICACIONES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL; DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Su regulación civil se encuentra en los artículos 1.392 a 1.410 del CC y las especialidades fiscales existentes para este tipo de operaciones, en los artículos 33, apartados 2 y 3 d) de la Ley del IRPF, en los artículos 7, apartados 2 A) y B), 31, apartado 2, y 45.I B) 3 del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD, y en el artículo 104, apartado 3, del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Por el tratamiento conjunto de varios impuestos y por la respuesta dada al caso planteado, destacamos la Consulta DGT, de 24 de marzo de 2011, n.º V0759/2011 (NFC040973).

La citada consulta analiza el caso de un matrimonio que, casados en régimen de gananciales, adquirieron una vivienda hace 12 años. En la actualidad se va a proceder a la disolución de la sociedad de gananciales y a la adjudicación de la vivienda a uno de los cónyuges quien asumirá la totalidad del préstamo hipotecario que la grava.

De la lectura del artículo 33.2 de la Ley del IRPF, la DGT extrae que a efectos de este impuesto, solo en el caso de que se atribuyesen a uno de los cónyuges bienes o derechos por mayor valor que el correspondiente a su cuota de titularidad, existiría una alteración patrimonial en el otro cónyuge, generándose una ganancia o pérdida patrimonial, circunstancia que concurre en este caso, en el que no se corresponderá la adjudicación con la respectiva cuota de titularidad, puesto que, aunque no haya compensación en metálico por parte del cónyuge al que se atribuirá la vivienda, único bien ganancial, existe una contraprestación en especie al asumir la parte del importe del préstamo hipotecario del otro cónyuge, lo que originará a este último una ganancia o pérdida patrimonial. Para determinar el importe de la ganancia o pérdida patrimonial hay que tener en cuenta lo dispuesto en la letra h) del apartado primero del artículo 37 de la Ley del IRPF que recoge la norma específica de valoración de las ganancias y pérdidas patrimoniales en los casos en los que la alteración en el valor del patrimonio del contribuyente proceda de la permuta de bienes o derechos.

Por tanto, la ganancia o pérdida patrimonial vendría determinada por la diferencia entre el mayor del valor de mercado del 50 por 100 de la vivienda o el 50 por 100 del importe del préstamo hipotecario pendiente de amortizar en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, y

el valor de adquisición del 50 por 100 de la vivienda, determinado en la forma prevista en el artículo 35.1 de la Ley del Impuesto, es decir, el 50 por 100 de la suma del importe real por el que se efectuó su adquisición, de las inversiones y mejoras efectuadas y de los gastos y tributos inherentes a la adquisición, con excepción de los intereses, que hubieran sido satisfechos por los adquirentes.

Por otra parte, y en lo que respecta al ITP y AJD, en la disolución de la sociedad conyugal se pueden dar dos convenciones: disolución de la sociedad conyugal y excesos de adjudicación.

- Disolución de la sociedad conyugal. La escritura pública donde se documente la disolución de la sociedad conyugal estará sujeta al concepto de actos jurídicos documentados pero resultará exenta del mismo en función del artículo 45.I B) 3 del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD.
- Excesos de adjudicación. Debe examinarse si se producen excesos de adjudicación en el reparto de los bienes, en cuyo caso se produciría también la sujeción a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas en los términos previstos en el artículo 7.2 B) del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD, si este es oneroso, y en el ISD, como donación, si es lucrativo. A este respecto, para que no haya exceso de adjudicación a favor de uno de los cónyuges, deberá adjudicarse a cada uno los bienes correspondientes, y compensarse las diferencias que resultasen a favor de uno u otro en metálico, tal y como establece el artículo 1.062, párrafo primero, del CC. Los Tribunales Económico-Administrativos vienen considerando a los inmuebles como «un bien que si no es esencialmente indivisible, sí desmerecería mucho por su división». Cabe destacar que la exención expuesta anteriormente solo resulta aplicable a las adjudicaciones de bienes y derechos referentes a la disolución de la sociedad de gananciales, pero no se extiende a los excesos de adjudicación sujetos al impuesto, que deberán tributar sin exención ni beneficio fiscal alguno.

La consulta concluye con el análisis de las consecuencias fiscales de la adjudicación del pleno dominio del bien inmueble urbano que corresponda a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU). Dispone la DGT que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 104, apartado 3, del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, dicha adjudicación no estará sujeta al impuesto local, no obstante, continúa indicando que, a efectos de futuras transmisiones del inmueble, para el cálculo de la base imponible del IIVTNU, habrá que tener en cuenta que el periodo de generación del incremento de valor del terreno de naturaleza urbana puesto de manifiesto en esa transmisión será el comprendido entre la fecha del devengo del impuesto que se liquide y la del devengo de la anterior transmisión de la propiedad del terreno que haya estado sujeta al IIVTNU. Es decir, la fecha de inicio de dicho periodo de generación será la fecha en la que los cónyuges adquirieron el citado terreno.

6. LA FISCALIDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO

Ante la inexistencia de vínculo matrimonial y a falta de equiparación a efectos tributarios entre las parejas de hecho y el matrimonio, las relaciones económicas entre los cónyuges tienen las mismas

consecuencias fiscales que si se efectuaran entre desconocidos. ¿Pero existe algún tipo de equiparación entre ambas formas de convivencia?

Por una parte, la normativa estatal ignora a día de hoy la existencia de las parejas de hecho. Por otra, respecto a la normativa de las comunidades autónomas de régimen común cabe destacar que distintas comunidades, en diferente medida, han efectuado modificaciones normativas a efectos de equiparar las parejas de hecho al matrimonio, modificaciones que alcanzan a los tributos cedidos en aquellas comunidades que han ejercido las competencias normativas limitadas de que disponen en estos tributos. Por último, la normativa foral ha efectuado dicha equiparación, al reconocer la pareja estable, gracias a su sistema tributario, el cual permite la regulación de sus impuestos sin limitación normativa alguna. Si bien, en este caso, llama la atención ver como tal equiparación no tiene su origen en la norma fiscal, sino que la propia norma civil contiene una consideración fiscal al respecto. Véase la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de la Comunidad Foral de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables, y concretamente el artículo 12.1: «Los miembros de una pareja estable serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal de Navarra a la hora de computar rendimientos y de aplicar deducciones o exenciones».

7. SEGUROS COLECTIVOS DE VIDA

Hacemos referencia en este caso a primas pagadas con cargo a la sociedad de gananciales.

Parecería lógico pensar que las cantidades percibidas en concepto de prestación derivada de un seguro de vida, cuya prima fue pagada con cargo a la sociedad de gananciales, por el cónyuge del asegurado, quedaría sujeta al ISD solo por la mitad de la cantidad asegurada que perciba el superviviente, debiendo la otra mitad tributar como corresponda en el IRPF.

Si bien, lo expuesto anteriormente no puede considerarse un tema pacífico. En relación con esta cuestión se ha pronunciado la DGT, en Consulta de 11 de noviembre de 2008, n.º V2128/2008 (NFC031385) de la cual se extrae la conclusión de que las cantidades percibidas en concepto de prestación derivada de un seguro de vida por el cónyuge del asegurado en una póliza colectiva de seguro de vida contratada por la empresa del fallecido debe tributar en el ISD en su integridad, ya que ni el contratante es el cónyuge (es asegurado, pero no contratante), ni, a efectos fiscales, puede considerarse que las primas se hayan pagado con cargo a la sociedad de gananciales, al constituir una contraprestación en especie derivada del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria del perceptor y, en consecuencia, tienen la consideración de rendimientos del trabajo, y, según la normativa del IRPF, los rendimientos del trabajo se han de atribuir exclusivamente a quien haya generado el derecho a su percepción, en este caso, al trabajador fallecido.

Con base en argumentos totalmente diferentes pero llegando a una misma conclusión se ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 25 de septiembre de 2008, recurso n.º 85/2006 (NFJ031805), en la cual se concluye que no puede considerarse que la indemnización percibida por un sujeto pasivo por la muerte de su cónyuge en virtud de una póliza de seguro

colectivo concertada con la entidad aseguradora para la que el finado prestaba sus servicios como trabajador tenga carácter ganancial, al percibirse la misma con posterioridad al fallecimiento, momento en el que precisamente ya se había disuelto la sociedad de gananciales. En consecuencia, al no tener el seguro su causa en una relación laboral entre la entidad y el beneficiario perceptor de la indemnización, la totalidad de la indemnización percibida se encontrará incluida en el hecho imponible del ISD, lo que determinará su no sujeción al IRPF.

Por el contrario, con base en el concepto civil de ganancialidad, dos sentencias que se detallan a continuación consideran que únicamente la mitad de la indemnización percibida por el cónyuge viudo tributará en el ISD:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 30 de octubre de 1998, recurso n.º 257/1996 (NFJ007335). La presunción de ganancialidad prevista en el artículo 1.361 del CC conduce a la consideración de que la titularidad jurídica de las pólizas corresponde a la sociedad de gananciales, al no haberse acreditado por la Administración su carácter privativo, de ahí que solo la mitad de la indemnización tributará por ISD.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 30 de mayo de 2006, recurso n.º 1229/2000 (NFJ024637). De acuerdo con el artículo 1.347, punto 1.º, del CC, que establece que son bienes gananciales los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges, debe entenderse que el pago de la prima del seguro de vida se hacía con cargo a la sociedad de gananciales y, por tanto, la mitad del importe de la indemnización percibido por el sujeto pasivo, como beneficiario del seguro de vida concertado por su esposa, no es un incremento que percibe a título lucrativo ya que lo obtiene como consecuencia del abono de las primas del seguro con cargo a los bienes gananciales, no debiendo por tanto tributar en el ISD.

UN MODELO SOBRE LAS RELACIONES ENTRE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, CAPITAL SOCIAL E INNOVACIÓN DE LA EMPRESA

LAURA PEINADO LÓPEZ

MARIO JAVIER DONATE MANZANARES

*Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
Departamento de Administración de Empresas.
Universidad de Castilla-La Mancha*

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:

EN este artículo se desarrolla un modelo de relaciones entre variables organizativas entre las que se incluyen las prácticas de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), la innovación y el capital social de la empresa. En particular, se pretende aportar una explicación justificada en la teoría basada en el conocimiento y la teoría de *stakeholders* de la generación de ventajas competitivas que una empresa puede alcanzar mediante la explotación del conocimiento obtenido de sus relaciones éticas con sus grupos de interés. Adicionalmente, el papel desempeñado por una cultura orientada hacia el conocimiento en la empresa es analizado e introducido en el modelo, considerándose como una variable moderadora en la relación entre la RSC y el capital social.

Palabras clave: responsabilidad social corporativa, capital social, innovación, cultura orientada al conocimiento, grupos de interés y teoría basada en el conocimiento.

A MODEL ON THE RELATIONSHIPS AMONG CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY, SOCIAL CAPITAL AND FIRM INNOVATION

LAURA PEINADO LÓPEZ

MARIO JAVIER DONATE MANZANARES

*Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
Departamento de Administración de Empresas.
Universidad de Castilla-La Mancha*

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 paper addresses a model of relationships among certain organizational variables, such as Corporate Social Responsibility (CSR) practices, social capital and innovation. This model tries to offer an explanation based on knowledge and stakeholder theories of the generation of competitive advantages that a firm can obtain by exploiting the knowledge which is obtained from the relationships with its stakeholders. In addition, the role of the knowledge-oriented culture for the firm is analyzed and introduced into the model, being considered as a moderating variable in the relationship between CSR practices and social capital.

Keywords: corporate social responsibility, social capital, innovation, culture, stakeholders and knowledge-based view.

Sumario

1. Introducción.
2. RSC, capital intelectual e innovación: marco teórico y proposiciones.
 - 2.1. Prácticas de RSC y capital social.
 - 2.2. Capital social e innovación.
 - 2.3. Cultura organizacional, prácticas de RSC y capital social.
 - 2.4. El papel mediador del capital social en la relación entre las prácticas de RSC y la innovación.
3. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El interés por la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) en el ámbito de la Dirección Estratégica ha crecido significativamente, debido a que se vislumbra como una herramienta de gestión de los *stakeholders* muy potente en las organizaciones (FREEMAN, 1984; CARROLL, 1999). Además, ciertos estudios manifiestan una asociación entre la RSC y el rendimiento financiero de las empresas, aunque los resultados no son concluyentes (WADDOCK y GRAVES, 1997; MARGOLIS y WALSH, 2003; ORLITZKY *et al.*, 2003). Desde una perspectiva estratégica, PORTER y KRAMER (2006) señalan que la RSC puede convertirse en una fuente de enorme progreso social, a medida que las empresas aplican sus recursos y conocimiento a actividades innovadoras que benefician a la sociedad, a la vez que contribuyen a generar y mantener ventajas competitivas.

Este trabajo se dirige a abordar algunos de los aspectos que ilustran el contexto actual de las empresas, al desarrollar un modelo basado en las prácticas de RSC y la innovación. Este modelo incluye una serie de relaciones que destacan el papel del capital intelectual como variable mediadora entre las prácticas de RSC y los resultados innovadores de las empresas. El capital intelectual, y más concretamente el capital social, aporta una explicación teórica basada en la teoría del conocimiento de la empresa y en la teoría de *stakeholders* de la generación de ventajas competitivas que una empresa puede alcanzar mediante la explotación del conocimiento obtenido de las relaciones éticas establecidas con sus grupos de interés.

En este modelo los resultados de innovación se han tomado como variable dependiente, al considerarse esencial para las empresas en un entorno cada vez más dinámico y competitivo (TEECE *et al.*, 1997). En este sentido, la propia implantación de acciones de RSC en la empresa es una actividad innovadora, orientada en parte a la obtención de conocimientos aplicados a desarrollar y mejorar sus productos, procesos y métodos de gestión (GUADAMILLAS y DONATE, 2008). Por otra parte, es bastante común para los estudios que investigan el capital intelectual usar la innovación como resultado organizacional (véanse por ejemplo, YOUNDT y SNELL, 2004; SUBRAMANIAM y YOUNDT, 2005). Asimismo, varios estudios han mostrado una fuerte correlación entre la RSC y la innovación (véanse por ejemplo, McWILLIAMS y SIEGEL, 2000; WADDOCK, 2004; PADGETT y GALAN, 2010; SURROCA *et al.*, 2010).

Tanto una perspectiva política (nivel institucional) como una perspectiva de empresa (nivel organizativo individual) justifican la relevancia de la asociación entre la RSC y las actividades de innovación en las empresas, debido a los beneficios y externalidades positivas que se pueden generar (MILES, MUNILLA y COVIN, 2004; LINDGREEN, SWAEN y JOHNSTON, 2009). Desde una perspectiva política, los gobiernos suelen apoyar el buen comportamiento medioambiental y socialmente responsable de las empresas a través de diversos instrumentos, con la intención de incrementar la competitividad internacional y, al mismo tiempo, apoyar el desarrollo sostenible (PORTER, 1991; PORTER y VAN DER LINDE, 1995). Desde una perspectiva de la empresa, los académicos destacan la necesidad de encontrar una nueva mentalidad para que la sostenibilidad corporativa estimule la innovación (GRAYSON, 2008). Por tanto, parece deseable que tanto desde una u otra perspectiva se puedan apor-

tar nuevas contribuciones que desentrañen la forma en que la implantación de prácticas de RSC fomentan la innovación y la mejora de los resultados de las empresas, y adicionalmente de los grupos de interés que con ellas se relacionan (WAGNER, 2010: 581).

Como señalan THOMSON y HERON (2006), la capacidad para innovar en nuevos productos y tecnologías y desarrollar negocios basados en nuevas ideas está fuertemente influida por la calidad del capital social acumulado por una empresa, que puede llegar a ser altamente relevante, escaso y difícil de imitar y sustituir (BARNEY, 1991; PETERAF, 1993) al estar compuesto por conocimientos en muchos casos complejos y específicos derivados de la relación de la empresa con sus diferentes grupos de interés. Es precisamente el estudio de estas relaciones el objeto de la teoría de *stakeholders* (FREEMAN, 1984). De forma específica, el modelo desarrollado en trabajo adopta el enfoque instrumental propuesto por DONALDSON y PRESTON (1995) y JONES (1995). Desde nuestro punto de vista, la combinación de los enfoques de recursos y de *stakeholders* parecería sugerir que al desarrollar buenas relaciones con los *stakeholders*, una empresa puede crear ciertos recursos intangibles –conocimientos en forma de capital social– que permiten el uso más eficaz de los activos de la empresa, entre los que se encuentran las capacidades de innovación (SURROCA *et al.*, 2009).

Finalmente, la cultura organizacional se incorpora en el modelo como una variable que modera la relación entre las prácticas de RSC y el capital social de la empresa. En este caso se sugiere un efecto multiplicador de la cultura orientada al conocimiento en la manera en que las prácticas de RSC influyen en el capital social (véanse por ejemplo, JANZ y PRASAMPHANIC, 2003; DONATE y GUADAMILLAS, 2010). Se plantea que la cultura influye de forma positiva al considerarla como un elemento propulsor para las prácticas de RSC. Consecuentemente, esta interacción podría aumentar la cantidad y la calidad de los conocimientos acumulados derivados de las relaciones con los *stakeholders*.

La estructura de este artículo se describe a continuación. En primer lugar, se delimitan los conceptos teóricos de prácticas de RSC, capital social e innovación y se expone la importancia de las teorías que justifican la relación entre estos conceptos. A continuación, se muestran las proposiciones y se expone el modelo en el que se recogen las relaciones entre las variables. Finalmente, se apuntan algunas implicaciones directivas que se derivan del modelo de relaciones, así como las limitaciones y las líneas futuras de la investigación.

2. RSC, CAPITAL INTELECTUAL E INNOVACIÓN: MARCO TEÓRICO Y PROPOSICIONES

2.1. Prácticas de RSC y capital social

2.1.1. Prácticas de RSC

En los últimos años, la importancia de la RSC ha crecido de forma significativa tanto para académicos como para profesionales, prestándose una mayor atención a las implicaciones estratégicas del concepto y su relación con la ventaja competitiva (WADDOCK y GRAVES, 1997; PORTER y KRAMER, 2006; MCWILLIAMS, SIEGEL y WRIGHT, 2006).

A pesar de más de 70 años de debate académico respecto al concepto de RSC, no existe una definición universalmente aceptada del término (WHITEHOUSE, 2006). No obstante, se puede observar una gran evolución en cuanto a la definición del concepto. Según LEE (2008), la noción de RSC ha evolucionado en múltiples aspectos. Fundamentalmente, el nivel de análisis se ha movido desde el nivel macro-social al nivel organizativo, y la orientación ética se ha hecho más implícita que explícita. Con este cambio en el centro de análisis, los investigadores han hecho mayor hincapié en temas estratégicos y directivos de la RSC. De esta forma, la RSC ya no solo se concibe como una «responsabilidad moral» de la organización para lograr mayor bienestar social, y en ese sentido, como una serie de actividades que minan la rentabilidad de una empresa (JONES, 1995). Hoy en día, la RSC se suele considerar como una forma de desarrollar recursos estratégicos que mediante su localización óptima pueden mejorar el rendimiento a largo plazo de la empresa (MCWILLIAMS, SIEGEL y WRIGHT, 2006).

Esta nueva perspectiva queda reflejada también en la teoría de los *stakeholders* (FREEMAN, 1984). El enfoque instrumental de esta teoría que apoyan DONALDSON y PRESTON (1995) o JONES (1995) se apoya en el argumento de que construir *buenas* relaciones con los *stakeholders* puede conducir a una mejora de los resultados de la empresa. Esta posibilidad surge porque son los *stakeholders* los que poseen los recursos que pueden facilitar o mejorar la implantación de las decisiones corporativas (PFEFFER y SALANCIK, 1978). Autores tales como CHAKRAVARTHY (1986), PFEFFER (1998) y PRAHALAD (1997) expresan visiones similares. La gestión eficaz de los *stakeholders* –las relaciones con los *stakeholders* principales, incluyendo clientes, empleados, proveedores, residentes de la comunidad y el medio ambiente– puede constituir recursos intangibles socialmente complejos capaces de mejorar la habilidad de las empresas para superar a los competidores en términos de creación de valor a largo plazo (HILLMAN y KEIM, 2001: 127).

Algunos investigadores del ámbito de la estrategia han explorado la empresa como un entorno institucional que puede facilitar el aprendizaje y la creación y diseminación del conocimiento (GRANT, 1996; MORAN y GHOSHAL, 1996; NAHAPIET y GHOSHAL, 1998; SPENDER, 1996). Este contexto institucional puede incluir, por ejemplo, una historia de interacciones con actores tales como empleados, clientes, proveedores y comunidades locales que generan capital de reputación y confianza (BARNEY y HANSEN, 1994; RING y VAN DE VEN, 1992, 1994). En este sentido, HILLMAN y KEIM (2001: 127) sostienen que se puede crear un gran valor en la empresa desarrollando relaciones a largo plazo con los *stakeholders*, pues tales interacciones son relacionales en lugar de transaccionales, siendo las interacciones transaccionales fáciles de duplicar y ofreciendo, por tanto, muy poco potencial para la ventaja competitiva.

HARRISON y ST. JOHN (1996) describen ejemplos de «redes de interdependencias que pueden ser creadas entre los *stakeholders*» como medios de organización para hacer frente a entornos cada vez más inciertos y competitivos. La cooperación entre los competidores y otras empresas que operan en territorios cercanos para apoyar inversiones de infraestructura en las comunidades son operaciones relacionales que dan lugar a la creación de valor (HART, 1995; SHARMA y VREDENBURG, 1998). Otro ejemplo es la planificación cooperativa y los esfuerzos de diseño que unen a las empresas con los proveedores y los clientes y que recompensan a los directivos/empleados sobre la base de las medidas de satisfacción de los clientes u otros medios de reputación externa (LADO y WILSON, 1994; MARTIN *et al.*, 1995; MUDAMBI y HELPER, 1998; NAYYAR, 1995; OLIVER, 1988; RAO, 1994). Debido a los aspectos relacionales que subyacen en estas actividades, la dimensión «tiempo» constituye en sí misma un importante intangible para la empresa, ya que la trayectoria histórica de relaciones desa-

rollada con los grupos de interés implica que sea difícil de replicar por otras empresas, al menos en el corto plazo (HILLMAN y KEIM, 2001: 127).

Esta perspectiva estratégica conduce a pensar que el concepto de RSC se extiende y aplica a «todas las actividades que una empresa entabla mientras hace negocio», así como a su contexto competitivo (PORTER y KRAMER, 2006). En este sentido, podemos hablar de tres áreas de responsabilidad corporativa: la económica, la sociocultural y la medioambiental. La responsabilidad económica implica «crear valor: para el accionista o propietario, garantizando un uso adecuado de su capital y garantizando el cumplimiento de sus intereses de todo tipo; para el cliente, atendiendo a sus demandas ofreciendo precios competitivos y bienes y servicios de calidad (atención de quejas, consultas, sugerencias...); para los proveedores, pagando precios justos por sus productos o servicios y sin abusar del poder de mercado; y para los empleados, ya sean directivos o no, preservando y creando empleo, pagando salarios justos, proporcionando beneficios sociales, formación, estabilidad y motivación» (DE LA CUESTA y VALOR, 2003: 10). La responsabilidad desde el punto de vista político y sociocultural implica, «en primer lugar, respeto al espíritu y letra de las leyes; en segundo lugar, respeto a las costumbres sociales y a la herencia cultural; y en tercer lugar, involucración en la vida política y cultural» (DE LA CUESTA y VALOR, 2003: 11). Y la responsabilidad medioambiental significa «contribuir al desarrollo sostenible (satisfacer las necesidades de hoy sin comprometer las de las generaciones futuras)» (DE LA CUESTA y VALOR, 2003: 11).

Es importante en este punto resaltar la conexión existente entre las dimensiones de la RSC. DE LA CUESTA y VALOR (2003) sostienen que los aspectos sociales y medioambientales no se pueden asumir enteramente teniendo en cuenta solo responsabilidades económicas, sino que existen intercambios entre los distintos aspectos mencionados. En otras palabras, la actividad económica de la empresa es útil para la sociedad, de manera que no existe contradicción entre responsabilidad económica y social, ya que aquella puede considerarse una parte imprescindible y básica de esta (GUERRAS y LÓPEZ-HERMOSO, 2002). Ello se ha puesto de manifiesto en los últimos años, donde las experiencias de economía social demuestran que es posible compatibilizar rentabilidad económica con beneficios sociales y que se puede producir y comercializar bienes y servicios de forma sostenible, tanto desde un punto de vista económico social y ecológico (DE LA CUESTA y VALOR, 2003: 15).

En esta línea de razonamiento, la RSC puede tener un impacto significativo en el rendimiento financiero de la empresa. Precisamente, el ámbito de investigación más importante en RSC de los últimos años se caracteriza por estudiar la relación entre la rentabilidad social y la rentabilidad financiera. Autores de tres diferentes meta-análisis (GRIFFIN y MAHON, 1997; MARGOLIS y WALSH, 2003; ORLITZKY, *et al.*, 2003) hallaron una diversidad importante de resultados sobre esta relación, concluyendo que la evidencia empírica existente parece apoyar una asociación positiva e incluso no significativa, existiendo muy pocos trabajos que sugiriesen una asociación negativa entre rentabilidad social y rentabilidad financiera.

Los argumentos que podrían explicar esta heterogeneidad en la relación entre responsabilidad social y resultados financieros son diversos. Para GRIFFIN y MAHON (1997), la amplia gama de resultados contradictorios puede explicarse por la falta de uniformidad en la definición de la RSC. MCWILLIAMS y SIEGEL (2000) prestaron atención a la omisión de algunas variables, lo cual generaba un problema de falta de especificación del modelo de relaciones. Por otra parte, WADDOCK y GRAVES (1997) señalaban la dirección de la causalidad como responsable, hallando que la rentabilidad social

parece ser tanto un antecedente como una consecuencia de los resultados financieros, formando lo que denominaron como «círculo virtuoso» de la RSC (SURROCA, TRIBÓ y WADDOCK, 2010).

Precisamente, este trabajo va en línea de proponer nuevas relaciones entre variables para superar algunas de estas limitaciones. En concreto, este estudio propone papeles mediadores de ciertas variables para superar el problema de la falta de especificación u omisión de variables que intervienen en la relación, aunque se analizará la innovación como variable dependiente.

2.1.2. *Capital social*

La visión de la empresa basada en los recursos justifica la generación y el mantenimiento de la ventaja competitiva con base en la posesión o control de factores endógenos de la empresa (WERNELFELT, 1984; RUMELT, 1991). Este enfoque teórico concede especial relevancia a los factores intangibles (ITAMI y ROEHL, 1987; HALL, 1993) basados en conocimiento, y que constituyen la base de los estudios sobre el capital intelectual en la empresa (DELGADO *et al.*, 2009: 3). Justamente, este último concepto tomará especial relevancia en las relaciones que proponemos en este estudio.

De todos los recursos posibles que puede poseer una empresa, su base de conocimiento es la que tiene mayores posibilidades de convertirse en fuente de ventaja competitiva sostenible (GRANT, 1996; ALAVI y LEIDNER, 2001), ya que es susceptible de ser un recurso valioso, raro, inimitable e insustituible (BARNEY, 1991). Por ejemplo, GRANT (2002) señala que ciertos tipos de conocimientos complejos, incorporados en rutinas y de alto carácter tácito –capacidades–, son difíciles de desarrollar o replicar por parte de la competencia. En este sentido, la teoría basada en el conocimiento de la empresa sostiene que crear, transferir, organizar y usar los activos de conocimiento son la esencia de lo que las empresas hacen para generar rentas económicas (DELONG y FAHEY, 2000; KOGUT y ZANDER, 1992).

El capital intelectual de una empresa podría ser definido como aquel conjunto de recursos intangibles y capacidades referidos a diferentes manifestaciones de conocimiento, ya sea individual, organizativo o generado de manera interorganizativa, susceptibles de generar ventajas competitivas por ser explotados a través de estrategias de producto-mercado (DELGADO *et al.*, 2009). El capital intelectual podría considerarse como el *stock* de conocimiento que existe en una empresa en un momento determinado del tiempo (BONTIS, 1996, 1998, 1999, 2002; BONTIS *et al.*, 1999; CHOO y BONTIS, 2002; EDVINSSON y MALONE, 1997; STEWART, 1997; SVEIBY 1997). Por tanto, para desarrollar, mejorar y aplicar productivamente ese *stock* de conocimiento una empresa necesita llevar a cabo diversas prácticas y procesos, como por ejemplo, las de gestión del conocimiento (GC) (BIERLY y CHAKRABARTI, 1996; CHOI y LEE, 1997; CONNER y PRAHALAD, 1996; DEMSETZ, 1991; FOSS, 1996; KOGUT y ZANDER, 1992; NONAKA, 1994; NONAKA y TAKEUCHI, 1995).

El capital intelectual generalmente se clasifica en varias dimensiones. La mayoría de los investigadores hace referencia a bloques similares a la hora de clasificar el capital intelectual: capital humano, capital estructural y capital relacional (ORTIZ DE URBINA, 2003). Por ejemplo, YOUNDT y SNELL (2004) conceptualizan el capital intelectual como tres categorías distintas: humano, social y organizacional. Mientras el capital humano simplemente se refiere al conocimiento, las habilidades y la experiencia de los empleados, el capital organizacional representa el conocimiento institucionalizado y la experiencia codificada almacenada en bases de datos, rutinas, patentes, manuales, estruc-

turas, etc. El tercer tipo de capital intelectual, el capital social, no reside ni en las personas ni en el nivel organizativo. Por el contrario, el capital social es una forma de capital que está formado por conocimientos incorporados en, disponibles a través de, y derivados de las redes de relaciones de la empresa (ADLER y KWON, 2002; NAHAPIET y GHOSHAL, 1998).

Esta última dimensión del capital intelectual, que hace referencia a las relaciones entre los empleados, los clientes, los proveedores, etc., hace referencia a los conocimientos que la empresa acumula en cuanto a la gestión de sus relaciones con sus grupos de interés. En este sentido, el capital social, debido a las posibles conexiones que podrían existir con las prácticas de RSC desarrolladas por las empresas, parece la dimensión del capital intelectual con más potencialidades para su inclusión en las relaciones propuestas en este artículo.

En la literatura frecuentemente se recogen varios tipos de relaciones que definen el capital social de una empresa: (1) las relaciones que un actor mantiene con otros actores; (2) la estructura de relaciones entre actores dentro de un colectivo, o (3) ambos tipos de vínculos (ADLER y KWON, 2002). Las relaciones externas son llamadas formas *bridging* de capital social, que se podrían traducir como «el establecimiento de puentes», mientras que los lazos internos son llamados formas *bonding* de capital social, que se podrían traducir como «el establecimiento de vinculaciones afectivas» (GITTELL y VIDAL, 1988; PUTNAM, 2000).

Siguiendo a ADLER y KWON (2002: 19) el primer grupo se centra principalmente en el capital social como un recurso inherente a la red social, vinculando un actor central a otros actores. Desde esta perspectiva, el capital social puede ayudar a explicar el éxito diferencial de los individuos y las empresas en su rivalidad competitiva: las acciones de los individuos y los grupos pueden ser enormemente facilitadas por sus vínculos directos e indirectos a otros actores en redes sociales. Un ejemplo de este tipo de relación son los contactos (amigos, colegas, etc.) que posee el empleado de una empresa y que sirven como oportunidades para usar su capital humano y financiero.

En contraste con esta perspectiva, las formas *bonding* se centran en las características internas de los actores colectivos. En este grupo, el capital social de una colectividad (organización, comunidad, nación, etc.) no se encuentra tanto en los lazos externos a la colectividad como con otros actores externos, sino en la estructura interna de los vínculos entre los individuos o los grupos dentro de la colectividad y, en particular, en aquellas características que dan a la colectividad cohesión y que facilitan la consecución de los objetivos colectivos. Un ejemplo de este tipo de relación podría ser un grupo de trabajo formado por empleados de una empresa cuya cooperación y coordinación hacen posible el logro de los fines colectivos y beneficios mutuos.

La tercera perspectiva destacada es la «neutral» (ADLER y KWON, 2002). La distinción entre la perspectiva interna y externa es, en cierto grado, una cuestión de perspectiva y unidad de análisis: las relaciones entre un empleado y sus colegas dentro de una empresa son externas al empleado, pero internas a la empresa. Además, las perspectivas interna y externa no son mutuamente excluyentes. El comportamiento de un actor colectivo, como por ejemplo una empresa, es influenciado tanto por sus vínculos externos a otras empresas e instituciones así como por la estructura de sus vínculos internos, por lo que su capacidad de acción efectiva es típicamente una función de ambos (ADLER y KWON, 2002: 21). Un ejemplo de este tercer grupo sería el conjunto de relaciones externas (amigos,

contactos, afiliaciones institucionales, etc.) e internas (colegas dentro de la empresa, equipos de trabajo, etc.) que posee el empleado de una empresa.

Una vez destacado el concepto y la importancia del capital social se analizará a continuación el vínculo entre este concepto y las prácticas de RSC.

2.1.3. *La relación entre las prácticas de RSC y el capital social*

En congruencia con la teoría de *stakeholders*, y desde el punto de vista del enfoque instrumental que distinguen DONALDSON y PRESTON (1995) y JONES (1995), la construcción de *buenas* relaciones con los *stakeholders* podría conducir a mejores resultados a la empresa como consecuencia del desarrollo de activos intangibles valiosos (capital social) que pueden ser fuentes de ventaja competitiva.

Dados los argumentos anteriores, con el objetivo de desarrollar estos activos intangibles es importante tener en cuenta el hecho de que el entorno competitivo actual está caracterizado por la aparición de innovaciones cada vez más frecuentes y por su rápida difusión a la sociedad (GRANT, 2002). En este sentido, se puede considerar que avanzamos hacia una sociedad del conocimiento en la que se producen cambios continuos y profundos basados en la creación y aplicación de nuevos conocimientos (NONAKA y TAKEUCHI, 1995; GRANT, 1996). En consecuencia, el conocimiento pasa a ser el activo estratégico clave para la organización (DRUCKER, 1995; SPENDER y GRANT, 1996).

La literatura basada en la teoría del conocimiento sugiere que las formas colectivas de conocimiento conducen a mejores resultados que las prácticas realizadas de forma individual (véanse por ejemplo, HUSELID, 1995; SPENDER, 1996; YOUNDT *et al.*, 1996). Dado que el capital social es un conjunto de recursos de conocimiento existente en las redes de relaciones de una empresa, este artículo se centra únicamente en la formación de capital social en lugar de otras dimensiones del capital intelectual. Desde este punto de vista, consideramos esencial el papel del capital social en su relación con la RSC, ya que las interacciones que se producen entre una empresa y sus *stakeholders* contienen conocimiento estratégico que puede generar rentas relacionales (NAHAPIET y GHOSHAL, 1998). Por tanto, una adecuada gestión de las prácticas de RSC puede generar capital social de alto valor para una empresa.

Algunos estudios, como el de SURROCA *et al.* (2010), reflejaron planteamientos similares al mostrar los efectos de la RSC sobre ciertos recursos intangibles, tales como las capacidades de innovación, la cultura, el capital humano y la reputación. Otras investigaciones han sido más específicas, y han estudiado intangibles tales como la innovación (por ejemplo, KLASSEN y WHYBARK, 1999), los recursos humanos (por ejemplo, RUSSO y HARRISON, 2005), la reputación corporativa (por ejemplo, STRONG, RINGER y TAYLOR, 2001) y la cultura organizativa (por ejemplo, HOWARD-GRENVILLE y HOFFMAN, 2003) de forma individual en sus vínculos a diferentes dimensiones de la RSC.

Todos estos trabajos muestran como las buenas prácticas en RSC contribuyen a desarrollar determinados recursos intangibles. En este sentido, y teniendo en cuenta los argumentos expuestos previamente que relacionan la RSC con el capital social de la empresa, planteamos la siguiente proposición:

Proposición 1: *El establecimiento por parte de la empresa de prácticas de RSC orientadas a generar y mejorar las relaciones con sus stakeholders está positivamente relacionado con la formación de capital social.*

2.2. Capital social e innovación

Dada la relación que tratamos de examinar –los efectos del capital social sobre la obtención de innovaciones, es decir, el aprovechamiento del capital social para innovar más en procesos y en productos– la innovación se plantea desde un punto de vista de *output* generado por la empresa. En este sentido, definimos la innovación como nuevas ideas útiles comercializadas a través de su incorporación a productos o a procesos (DELGADO *et al.*, 2009).

Las innovaciones de producto se refieren a los esfuerzos de una empresa para introducir nuevos productos o servicios o para modificar los existentes (ZAHRA y COVIN, 1993). Por tanto, se dice que existe innovación de producto cuando las características de un producto cambian, es decir, cuando un producto es tecnológicamente distinto o mejorado. Las innovaciones de proceso se refieren a aquellas actividades que resultan de cambiar los procesos mediante los cuales los productos son fabricados (SCHROEDER, 1990). Por tanto, existe innovación de proceso cuando hay un cambio significativo en la tecnología de producción de un producto o servicio y/o cuando se producen cambios significativos en el sistema de dirección y/o métodos de organización.

En relación con el papel del capital social en el proceso de innovación, SUBRAMANIAM y YOUNDT (2005: 459) señalan que, dado que la innovación es fundamentalmente un esfuerzo de colaboración, este intangible asume un papel central en generar innovaciones. Así, la comunicación, la difusión fluida de información, y el intercambio y la asimilación de conocimiento son elementos vitales de las capacidades innovadoras (DONATE y GUADAMILLAS, 2010). Asimismo, SUBRAMANIAM y YOUNDT (2005) señalan que se considera ampliamente aceptado que la capacidad de una organización para innovar está vinculada estrechamente a su capital intelectual, o a su habilidad para utilizar sus recursos de conocimiento. Concretamente, la investigación sobre redes (es decir, capital social) muestra que los vínculos de las redes ayudan a los actores a ganar acceso a la información sobre las innovaciones (BURT, 1987; COLEMAN, KATZ y MENZEL, 1966; ROGERS, 1995). Por ello las interrelaciones, las asociaciones y las redes de colaboración son esenciales para lograr la máxima versatilidad en la capacidad para innovar de una organización (SUBRAMANIAM y YOUNDT, 2005: 459).

Estos resultados son comparables con otros estudios recientes donde el capital social es un recurso organizacional muy importante. Por ejemplo, se ha encontrado que el capital social tiene influencia en un amplio rango de resultados organizativos, como el éxito en las alianzas estratégicas (KOKA y PRESCOTT, 2002), la atracción del capital de riesgo (FLORIN, LUBATKIN, y SCHULZE, 2003) o el éxito profesional (GABBAY y ZUCKERMAN, 1998).

De forma similar, existen algunos estudios que han examinado el vínculo existente entre el capital social y algún tipo de innovación concreta. Los trabajos de CHANG (2003), DÍAZ, AGUIAR y DE SAÁ (2006), GALLEGO y CASANUEVA (2007) o MARTÍNEZ *et al.* (2007) se centran en la innovación de producto, concluyendo que, respecto a las relaciones mantenidas por la empresa, las relaciones verticales

son las que más importancia tienen a la hora de conseguir mejorar este tipo de resultados. Igualmente, SCHILLING (1998) señala que a través de lazos fuertes con proveedores y distribuidores las organizaciones pueden influenciar la adopción de tecnologías radicales, incrementar la base instalada de sus innovaciones y aumentar la penetración y el establecimiento de nuevos estándares. Otros estudios, como el de TSAI y GHOSHAL (1998), señalan en un sentido similar que ciertos aspectos del capital social, como son los vínculos de interacción social, la confianza y la fiabilidad, influyen positivamente en la innovación de producto. Sin embargo, TSAI y GHOSHAL (1998) sostienen que esta relación es indirecta debido a que para crear nuevos productos es necesario que la empresa redistribuya los recursos que ya posee, combine nuevos recursos o combine recursos ya existentes de forma distinta. De este modo, TSAI y GHOSHAL (1998) concluyen que los procesos de intercambio y combinación de recursos pueden asociarse con la innovación, lo que puede servir como indicador de creación de valor para la empresa.

A partir de estos argumentos, y teniendo en cuenta la importancia de la innovación como resultado organizativo, establecemos la segunda proposición de este trabajo:

Proposición 2: *La formación de capital social en una empresa influye de manera positiva en sus resultados de innovación.*

2.3. Cultura organizacional, prácticas de RSC y capital social

2.3.1. Cultura organizacional

La cultura es un concepto amplio y, por tanto, difícil de definir (ALAVI *et al.*, 2005: 194). La riqueza de este constructo y su naturaleza indefinida han implicado una proliferación de formas diversas para explicar comportamientos sociales por parte de los investigadores. Autores como SCHEIN (1985) han asignado a la cultura ciertos niveles conceptuales como un intento de especificar el concepto sin sacrificar su riqueza de contenido. En concreto, su modelo consta de tres niveles: suposiciones básicas, valores y artefactos. Las suposiciones básicas o creencias forman el nivel más básico de la cultura; representan planes interpretativos que los individuos utilizan para percibir las situaciones y dar sentido a las actividades y las relaciones humanas, formando así la base para la acción colectiva. Los valores pueden ser entendidos como un conjunto de reglas sociales que definen las normas o el contexto por el que la interacción social y la comunicación entre los miembros de una compañía pueden tener lugar. Además, estas normas sociales actúan incluso como una forma de control social sobre las conductas de los miembros de la empresa estableciendo qué tipo de comportamientos y actitudes son los adecuados y/o cuáles son inaceptables. Finalmente, los artefactos son las manifestaciones visibles de la cultura, e incluyen aspectos tales como la tecnología y los patrones de comportamiento visibles y audibles tales como los mitos, los héroes, el lenguaje, los rituales o las ceremonias (PETTIGREW, 1979).

En general, podemos definir la cultura como un conjunto de normas, valores y creencias que son compartidas por los miembros de una empresa y que condiciona sus comportamientos, junto con la configuración de la imagen e identidad de la empresa en relación con su entorno (GUERRAS y NAVAS, 2007: 620). Por esa razón, la cultura forma percepciones y comportamientos (DELONG y FAHEY, 2000: 120) y, en este sentido, establece el contexto organizacional para que se produzca la

interacción social. Además, las culturas representan las reglas y las prácticas que determinan el entorno dentro del cual los individuos se comunican, por lo que tienen influencia en los procesos de creación, intercambio y uso del conocimiento (DONATE y GUADAMILLAS, 2010).

2.3.2. El efecto moderador de la cultura en la relación entre las prácticas de RSC y el capital social

La capacidad de una empresa para crear y transferir el conocimiento afecta de manera esencial a los resultados de la organización (GRANT, 1996). KOGUT y ZANDER (1996) han propuesto recientemente que una empresa debe entenderse como una comunidad social especializada en lograr la máxima eficiencia en la creación y la transferencia de conocimiento (KOGUT y ZANDER, 1996: 503). En este sentido, NAHAPIET y GHOSHAL (1998) sugieren que la teoría del capital social proporciona una base sólida para explicar la ventaja de la empresa frente al mercado, fundamentada en las relaciones multilaterales que generan conocimientos valiosos y difíciles de imitar para la organización. Las relaciones con proveedores y clientes (CHANG, 2003), las alianzas con otras empresas (LANE y LUBATKIN, 1998), o las combinaciones de prácticas de recursos humanos (YOUNDT y SNELL, 2004) son algunos ejemplos de relaciones que pueden llegar a convertirse en la fuente más importante de la ventaja competitiva para una empresa.

Con ánimo de favorecer el desarrollo y la formación del capital social, autores como YOUNDT y SNELL (2004: 341) señalan que romper las barreras verticales (es decir, jerárquicas) y horizontales (es decir, multifuncionales) existentes en una empresa requiere la cultivación de una cultura abierta y de confianza. Para ello, YOUNDT y SNELL (2004: 342) señalan que las estructuras de trabajo en organizaciones basadas en el conocimiento necesitan ser caracterizadas por la permeabilidad y la intimidad de la red (MCGILL y SLOCUM, 1994). Es decir, las líneas entre los departamentos funcionales, entre empleados y consumidores, y entre la compañía y sus vendedores necesitan estar borrosas (permeabilidad), y los empleados necesitan mantenerse juntos y cercanos de los procesos de negocio claves (intimidad de la red). Además, para desarrollar la capacidad del trabajo en equipo y la colaboración, las organizaciones pueden empezar reorientando los criterios de la dotación del personal para centrarse más en las habilidades interpersonales, y complementarlo con la formación del equipo y otras interacciones multifuncionales que facilitan redes de conocimiento más amplias. Igualmente, la realimentación del desempeño de sus compañeros, clientes, miembros del equipo, e incluso subordinados, es probable que facilite el intercambio de conocimiento.

Finalmente, YOUNDT y SNELL (2004: 342) sostienen que cada una de estas iniciativas puede que aumenten la capacidad y la oportunidad para el intercambio y la combinación de conocimiento, pero no garantizan la motivación para hacerlo. Por tanto, pueden ser necesarios cambios importantes en los incentivos y la cultura para motivar el intercambio de conocimiento. En muchas organizaciones, el intercambio de conocimiento diluye la base de poder de un individuo; como tal, es necesario poner en marcha fuertes incentivos para generar el intercambio colectivo. Los incentivos de grupo tales como las bonificaciones, la participación de beneficios y el reparto de ganancias puede ayudar a garantizar que los empleados interactúen e intercambien ideas con otros al depender su remuneración del rendimiento de los demás (YOUNDT y SNELL, 2004). En este sentido, ADLER y KWON (2002) también sugirieron que para promover el capital social en las organizaciones, los directivos necesitan hacer algo más que fomenta las interacciones sociales entre los empleados. Algunas empresas interesadas en fomentar el capital social han adoptado tecnologías de colaboración, tales como los repo-

sitorios de conocimiento compartido, salas de chat y videoconferencias, pero estas meramente crean oportunidades; la creación de capital social requiere no solo establecer más lazos sociales, sino también cultivar motivación y proporcionar recursos (LESSER, 2000).

Varios estudios han considerado la cultura como uno de los elementos principales que afecta a la capacidad de las empresas para gestionar el conocimiento (DAVENPORT, DELONG y BEERS, 1998; DELONG y FAHEY, 2000). Por ejemplo, se habla de la presencia de un efecto moderador de la cultura orientada al conocimiento en la relación entre las prácticas de gestión del conocimiento y los resultados tecnológicos (DONATE y GUADAMILLAS, 2010). Por lo tanto, además de la existencia de las prácticas de RSC planteadas en el modelo, este artículo considera de especial interés la inclusión de una cultura *orientada hacia el conocimiento* que impulse de forma significativa la formación del capital social de una empresa. La razón fundamental es que este elemento constituye un factor de éxito importante en el proceso de gestión del conocimiento y de procesamiento de la información procedentes de las relaciones establecidas entre la empresa y sus grupos de interés a través de acciones de RSC (GUADAMILLAS y DONATE, 2008).

En este sentido, ciertas investigaciones en valores organizacionales y la gestión del conocimiento sugieren que los valores organizacionales son importantes para facilitar las prácticas de intercambio de conocimiento efectivas entre los miembros de una empresa (BARRETT, CAPPLEMANN, SHOIB y WALSHAM, 2004; DAVENPORT *et al.*, 1998; DETIENE y JACKSON, 2001; JANZ y PRASARNPHANICH, 2003; KNAPP y YU, 1999; LEVINTHAL y MARCH, 1993; MILES, *et al.*, 1997). Por ejemplo, GOLD *et al.* (2001) sostienen que estos valores forman parte de la infraestructura de conocimiento de la empresa, la cual puede influenciar las habilidades organizacionales para innovar, para responder rápidamente al cambio, y para reaccionar a las nuevas demandas del mercado. Por otra parte, JANZ y PRASARNPHANICH (2003) señalan que el esfuerzo invertido en crear una cultura orientada hacia el conocimiento será recompensado con altos niveles de cooperación y aprendizaje en la empresa.

Considerando los argumentos anteriores, incluimos la cultura orientada al conocimiento en el modelo de relaciones. El papel de este elemento organizativo será el de ejercer un efecto multiplicador sobre las prácticas de RSC que mejorará el capital social de la empresa, al impulsar a individuos, equipos de trabajo y unidades organizativas hacia una mayor cooperación y aprovechamiento de los conocimientos adquiridos de las relaciones con *stakeholders*. Basándonos en esta premisa, planteamos la siguiente proposición:

Proposición 3: *Una cultura orientada hacia el conocimiento ejerce un efecto moderador en la relación entre las prácticas de RSC y el capital social de la empresa.*

2.4. El papel mediador del capital social en la relación entre las prácticas de RSC y la innovación

Previamente se planteó que las prácticas de RSC contribuyen a desarrollar ciertos *stocks* de conocimiento. En particular, se argumentó que la gestión de un entorno social adecuado a través de buenas prácticas de RSC orientadas a los *stakeholders* sirve para adquirir conocimientos valiosos procedentes de las relaciones con estos grupos. La RSC, por tanto, puede ser considerada como un intangible que conduce a un uso más efectivo de los recursos (ORLITZKY *et al.*, 2003), y que a su vez puede tener un impacto positivo en el rendimiento financiero (HILLMAN y KEIM, 2001). De acuerdo con ciertas investi-

gaciones, la relación entre la RSC y el rendimiento parece ser indirecta, pues existe un conjunto de activos intangibles de gran valor que actúan como mediadores entre ambas variables (SURROCA *et al.*, 2009).

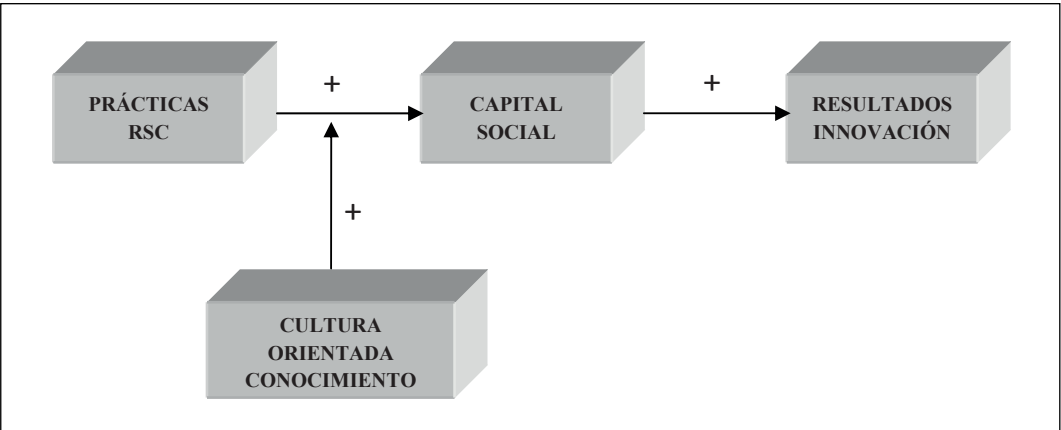
Algunos estudios, como el de SURROCA *et al.* (2010), reflejan estos planteamientos por mostrar los efectos mediadores de los recursos intangibles en la relación entre la RSC y el rendimiento financiero. Sus resultados demostraron la importancia y la necesidad de incorporar tales recursos (en este caso, la innovación, el capital humano, la reputación y la cultura) como variables mediadoras en la relación entre la RSC y el rendimiento financiero. De manera similar, WHITE (2006) señaló que el vínculo entre los intangibles y la RSC es estrecho y multifacético: comprender cómo el valor se crea a través de los recursos intangibles es esencial para comprender cómo se crea la riqueza a largo plazo a través de la RSC. Este mismo enfoque es destacado por GRECEANU (2008), quien debate la relación entre la RSC y los intangibles destacándola como un compromiso entre dos aspectos importantes: por un lado, la dificultad de evaluar los activos intangibles y, por otro lado, la importancia de los intangibles para la creación de los valores futuros de una manera sostenible.

Partiendo de las conclusiones de estos estudios, este trabajo se centra en la dimensión del capital social como un activo intangible que actúa de mediador en la relación entre las prácticas de RSC y los resultados de innovación. Ya que la innovación está basada en esfuerzos de colaboración, proponemos que el capital social asume un papel clave en el proceso de innovación al estar basado en conocimientos relacionales (SUBRAMANIAM y YOUNDT, 2005: 459). Además, anteriormente se manifestó que el capital social puede mejorar la calidad del trabajo en grupo y la riqueza de intercambio de la información entre los miembros de los equipos (COLEMAN, 1988: 110). Teniendo en cuenta estos argumentos, establecemos la siguiente proposición:

Proposición 4: *El capital social actúa como un activo intangible mediador de la relación entre las prácticas de RSC y los resultados de innovación.*

Las cuatro proposiciones establecidas en este estudio son recopiladas y mostradas gráficamente en un modelo general (figura 1).

FIGURA 1. Modelo.



A partir de estas proposiciones, a continuación se extraen varias implicaciones directivas y se describen líneas de investigación futuras, junto a las principales limitaciones de este estudio

3. CONCLUSIONES

En conclusión, este estudio refleja varios aspectos que caracterizan el entorno competitivo de las empresas en el siglo XXI. Por un lado, debido a que las economías están basadas en mayor medida en el conocimiento, este es el principal recurso estratégico para las empresas y, por tanto, fuente de ventaja competitiva (GRANT, 2002). Por otro lado, si las empresas son capaces de establecer relaciones estables y éticas con los *stakeholders*, surgirán oportunidades derivadas de la explotación de una base más rica de conocimientos relacionales, entre las que se encuentran la generación de nuevos productos y la mejora de los ya existentes por saber ajustarse mejor a las preferencias de los clientes o por detectar nuevas necesidades; o la aplicación de mejoras en los procesos de negocio por mantener relaciones óptimas con proveedores, distribuidores o socios. Estas innovaciones, en un entorno tan dinámico, turbulento y hostil como el actual, son fundamentales para lograr la supervivencia y el éxito competitivo de las empresas en el largo plazo.

Por otra parte, es de destacar que las empresas han comenzado a tomar una mayor conciencia en temas de responsabilidad social y desarrollo sostenible de manera generalizada en los últimos años (PORTER y KRAMER, 2006). Ciertas empresas perciben que es posible rentabilizar sus inversiones en RSC mediante el manejo de códigos de conducta que contemplen el impacto que sus actividades tienen en la comunidad y en el medio ambiente, así como mediante las buenas relaciones con sus *stakeholders*. Previamente, ya reflejamos que hoy en día un gran número de empresas conciben la RSC como un recurso estratégico que puede mejorar su rendimiento financiero a largo plazo (MCWILLIAMS *et al.*, 2006). Ello justifica el creciente interés por este concepto tanto académicamente como en el ámbito profesional.

Junto a estas cuestiones, en este trabajo se han puesto de manifiesto diversos aspectos que están formando una nueva realidad a la cual tienen que enfrentarse y adaptarse las empresas. En primer lugar, hay que destacar que nos encontramos en una economía fundamentalmente basada en el conocimiento, convirtiéndose este en el principal factor productivo, así como en una fuente de diferenciación sostenible y, por tanto, de ventaja competitiva (DIERICKX y COOL, 1989; LIPPMAN y RUMELT, 1982). Y en segundo lugar, esta economía basada en el conocimiento ha incrementado fuertemente la importancia del capital intelectual y los intangibles en las empresas. El papel del capital intelectual y, por tanto, de los intangibles, fue destacado anteriormente, mostrándose la importancia que las organizaciones están concediendo a estos recursos y donde se pone de manifiesto que la capacidad de las empresas para crear valor va asociada al desarrollo y explotación de su capital intelectual (SNYDER y PIERCE, 2002).

En resumen, el modelo propuesto en este proyecto de investigación refleja estas características del panorama actual que se manifiestan en un contexto real al que se tienen que enfrentar las empresas, basado en la gestión de la innovación y el conocimiento (GRANT, 2002). El valor académico de esta investigación reside en la proposición de un modelo de relaciones que llena un vacío en la literatura, ya que, hasta donde sabemos, no ha habido ningún otro estudio que se enfoque en entender el sentido de la RSC en la innovación a través del capital social.

Nuestro modelo ha incluido el capital social como mediador en la relación entre la RSC y los resultados de innovación, aportando una explicación teórica basada en la teoría del conocimiento y la teoría de los *stakeholders* para generar una explicación sobre la generación de ventajas competitivas basadas en los intangibles que son desarrollados mediante interacciones de la empresa con sus principales *stakeholders* vía RSC.

Finalmente, hemos considerado el efecto moderador de un elemento esencial en la relación entre la RSC y la generación y mejora del capital social: la cultura organizativa. La cultura orientada al conocimiento planteada en el modelo es probable que influya de forma positiva en la optimización del desarrollo de las prácticas de RSC, y que, por tanto, mejore el conocimiento acumulado derivado de las relaciones que la empresa establece con sus diferentes *stakeholders*. Desde nuestro punto de vista, esta contribución puede tener un valor significativo en el ámbito profesional, al plantear un vínculo entre las acciones responsables de las compañías y las ventajas que pueden ser generadas a través de la obtención de mayores niveles de innovación. En este sentido, los directivos pueden desarrollar este tipo de acciones bajo la premisa de que existirán recompensas para la empresa más allá de las que aportan en un sentido moral o ético (McWILLIAMS *et al.*, 2006).

No obstante, esta investigación también tiene otras importantes implicaciones. El modelo presentado en este trabajo ofrece una visión de las relaciones entre las prácticas de RSC y los resultados de innovación, considerando el capital social como una variable mediadora y el impacto de la cultura como un importante moderador. Estas relaciones, establecidas anteriormente en forma de proposiciones, son susceptibles de medición empírica. El análisis empírico de estas relaciones se espera abordar en un futuro próximo.

Debido a las características que describen nuestro modelo, los sistemas de ecuaciones estructurales (SEM) pueden considerarse una forma adecuada para llevar a cabo el análisis empírico, pues existe un conjunto de variables latentes –no observadas– así como una serie de efectos directos e indirectos entre las variables. De la misma forma, en principio se podrían examinar empresas del mismo sector, ya que la naturaleza del conocimiento puede diferir considerablemente entre los contextos de diferentes industrias y crear dificultades a la hora de realizar comparaciones. Sin embargo, también podría resultar interesante comprobar con posterioridad si estas relaciones mantienen su influencia explicativa en diferentes industrias (por ejemplo, con diferentes índices de intensidad de innovación).

Bibliografía

- ADLER, P.S. [1989]: «Technology Strategy: A Guide to Literature», en ROSENBLOOM, R. y BURGELMAN, R. (eds.), *Research On Technological Innovation, Management and Policy*, vol. 4, Greenwich, Conn.: Jai Press, págs. 25-151.
- ADLER, P.S. y KWON, S.W. [2002]: «Social capital: Prospects for a new concept», *Academy of Management Review*, vol. 27 (1), págs. 17-40.
- ADNER, R. [2002]: «When are Technologies Disruptive? A Demand-Based View of the Emergence of Competition», *Strategic Management Journal*, vol. 23, págs. 667-688.
- AIKEN, M. y HAGE, J. [1971]: «The organic organization and innovation», *Sociology*, vol. 5, págs. 63-82.
- ALAVI, M.; KAYWORTH, T.R. y LEIDNER, D.E. [2005]: «An empirical examination of the influence of organizational culture on knowledge management practices», *Journal of Management Information Systems*, vol. 22 (3), págs. 191-224.
- ALAVI, M. y LEIDNER, D.E. [2001]: «Review: Knowledge Management and Knowledge Management Systems: Conceptual Foundations and Research Issues», *MIS Quarterly*, vol. 25 (1), págs. 107-136.
- ALLEN, T.J. [1977]: *Managing the Flow of Technology*, Cambridge, MA: The MIT Press.
- AMIT, R. y SCHOEMAKER, P. [1993]: «Strategic assets and organizational rent», *Strategic Management Journal*, vol. 14 (1), págs. 33-46.
- BARNEY, J.B. [1991]: «Firm Resources and Sustained Competitive Advantage», *Journal of Management*, vol. 17, págs. 99-120.
- BARNEY, J.B. y HANSEN, M. [1994]: «Trustworthiness as a source of competitive advantage», *Strategic Management Journal*, Winter Special Issue, vol. 15, págs. 175-190.
- BARRETT, M.; CAPPLEMANN, S.; SHOIB, G. y WALSHAM, G. [2004]: «Learning in knowledge communities: Managing technology and context», *European Management Journal*, vol. 22 (1), págs. 1-11.
- BIERLY, P. y CHAKRABARTI, A. [1996]: «Generic knowledge strategies in the US pharmaceutical industry», *Strategic Management Journal*, vol. 17 (1), Winter Special Issue, págs. 123-135.
- BONTIS, N. [1996]: «There's a price on your head: managing intellectual capital strategically», *Business Quarterly*, Summer, págs. 40-7.
- [1998]: «Intellectual capital: an exploratory study that develops measures and models», *Management Decision*, vol. 36 (2), págs. 63-76.
 - [1999]: «Managing organizational knowledge by diagnosing intellectual capital: framing and advancing the state of the field», *International Journal of Technology Management*, vol. 18 (5/6/7/8), págs. 433-62.
 - [2002]: *World Congress on Intellectual Capital Readings*, Boston: Butterworth Heinemann KMCI Press.
- BONTIS, N.; DRAGONETTI, N.; JACOBSEN, K. y ROOS, G. [1999]: «The knowledge toolbox: a review of the tools available to measure and manage intangible resources», *European Management Journal*, vol. 17 (4), págs. 391-402.
- BURT, R.S. [1987]: «Social contagion and innovation: Cohesion versus structural equivalence», *American Journal of Sociology*, vol. 92, págs. 1.287-1.335.
- CARROLL, A.B. [1999]: «Corporate Social Responsibility: evolution of a definitional construct», *Business and society*, vol. 38 (3), págs. 268-295.
- CE [1995]: *Libro Verde de la Innovación*, Bruselas.

- CHAKRAVARTHY, B. [1986]: «Measuring strategic performance», *Strategic Management Journal*, vol. 7 (5), págs. 437-458.
- CHANG, Y. [2003]: «Benefits of Co-operation on Innovative Performance: Evidence from Integrated circuits and Biotechnology Firms in the UK and Taiwan», *R&D Management*, vol. 33 (4), págs. 425-437.
- CHOI, C.J. y LEE, S.H. [1997]: «A knowledge-based view of cooperative interorganizational relationships», en BEAMISH, P. y KILLING, J. (eds.), *Cooperative Strategies: European Perspectives*, San Francisco: New Lexington.
- CHOO, C.W. y BONTIS, N. [2002]: *The Strategic Management of Intellectual Capital and Organizational Knowledge*, New York: Oxford University Press.
- COLEMAN, J.S. [1988]: «Social capital in the creation of human capital», *American Journal of Sociology*, vol. 94, Special Issue, págs. 95-120.
- COLEMAN, J.S.; KATZ, E. y MENZEL, H. [1966]: *Medical innovation: A diffusion study*, Indianapolis, Bobbs-Merrill.
- CONNER, K.R. y PRAHALAD, C.K. [1996]: «A resource-based theory of the firm: knowledge versus opportunism», *Organization Science*, vol. 7 (5), págs. 477-501.
- DAMANPOUR, F. y GOPALAKRISHNAN, S. [1998]: «Theories of organizational structure and innovation adoption: the role of environmental change», *Journal of Engineering and Technology Management*, vol. 15 (1), págs. 1-24.
- DAVENPORT, T.J. y PRUSAK, L. [1998]: *Working Knowledge*, Harvard Business School Press, Boston.
- DAVENPORT, T.; DELONG, D. y BEERS, M. [1998]: «Successful knowledge management projects», *Sloan Management Review*, vol. 39, págs. 43-57.
- DE LA CUESTA, M. y VALOR, C. [2003]: «Responsabilidad Social de la Empresa. Concepto, mediciones y desarrollo en España», *Boletín Económico de ICE* (2755), págs. 7-21.
- DE LONG, D.W. y FAHEY, L. [2000]: «Diagnosing Cultural Barriers to Knowledge Management», *Academy of Management Executive*, vol. 14 (4), págs. 118-127.
- DEAN, J.W., Jr. [1987]: «Building the Future: The justification process for new technology», en PENNINGS, J.M. and BUITENDAM, A. (eds.), *New Technology as Organizational Innovation*, Ballinger, Cambridge, MA.
- DELGADO, M.; NAVAS, J.E.; MARTÍN, G. y CRUZ, J. [2009]: *Los elementos del capital intelectual y la innovación de producto: un estudio empírico*. XIX Congreso Nacional de ACEDE, septiembre 2009, Toledo.
- DEMSETZ, H. [1991]: «The theory of the firm revisited». WILLIAMSON, O. y WINTER, S. (eds.), *The Nature of the Firm*, New York: Oxford University Press.
- DETIENE, K.B. y JACKSON, L.A. [2001]: «Knowledge management: Understanding theory and developing strategy», *Competitiveness Review*, vol. 11 (1), págs. 1-11.
- DÍAZ, N.L.; AGUIAR, I. y De SAA, P. [2006]: «El Conocimiento Organizativo Tecnológico y la Capacidad de Innovación. Evidencia para la Empresa Industrial Española», *Cuadernos de Economía y Dirección de la empresa*, vol. 27, págs. 33-60.
- DIERICKX, I. y COOL, K. [1989]: «Asset Stock Accumulation and Sustainability of Competitive Advantage», *Management Science*, vol. 35 (12), págs. 1.504-1.511.
- DONALDSON, T. y PRESTON, L.E. [1995]: «The Stakeholder Theory of the Modern Corporation: Concepts, Evidence and Implications», *Academy of Management Review*, vol. 20 (1), págs. 65-91.
- DONATE, M.J. y GUADAMILLAS, F. [2010]: «The Effect of Organizational Culture on Knowledge Management Practices and Innovation», *Knowledge and Process Management*, vol. 17 (2), págs. 82-94.
- DRUCKER, P.F. [1995]: *Managing In Time of Change*, Nueva York: Truman Talley.
- EDVINSSON, L. y MALONE, M. [1997]: *Intellectual Capital*, New York: Harper Business.

- FLORIN, J.; LUBATKIN, M. y SCHULZE, W. [2003]: «A social capital model of high-growth ventures», *Academy of Management Journal*, vol. 46, págs. 374-384.
- FOSS, N. [1996]: «Knowledge-based approaches to the theory of the firm: some critical comments», *Organization Science*, vol. 7 (5), págs. 470-476.
- FREEMAN, R.E. [1984]: *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston: Pitman.
- GABBAY, S.M. y ZUCKERMAN, E.W. [1998]: «Social capital and opportunity in corporate R&D: The contingent effect of contact density on mobility expectations», *Social Science Research*, vol. 27, págs. 189-217.
- GALLEGO, A. y CASANUEVA, C. [2007]: *El Peso de la Cooperación en la Innovación de la Empresa Industrial Española*. XVII Congreso Nacional de ACEDE, Sevilla.
- GIBBONS, P. y O'CONNOR, T. [2003]: «Strategic Posture, Technology Strategy and Performance Among Small Firms», *Journal of Enterprise Culture*, vol. 11 (2), págs. 131-146.
- GITTELL, R. y VIDAL, A. [1998]: *Community organizing: Building social capital as a development strategy*. Thousand Oaks, CA: Sage.
- GOLD, A.; MALHOTRA, A. y SEGARS, A. [2001]: «Knowledge management: an organizational capabilities perspective», *Journal of Management Information Systems*, vol. 18, págs. 185-214.
- GOPALAKRISHNAN, S. y DAMANPOUR, F. [1997]: «A Review of Innovation Research in Economics, Sociology and Technology Management», *Omega*, vol. 25 (1), págs. 15-28.
- GRANT, R.M. [1996]: «Towards a Knowledge-Based Theory of the Firm», *Strategic Management Journal*, vol. 17, págs. 109-122.
- [2002]: *Contemporary Strategy Analysis*, 4.^a ed., London: Blackwell.
- GRECEANU, D.V. [2008]: «The Corporate Social Responsibility and the Valuation of Intangible Assets», *Revista Universo Contábil*, vol. 4 (2), págs. 127-143.
- GRIFFIN, J.J. y MAHON, J.F. [1997]: «The Corporate Social Performance and Corporate Financial Performance Debate: Twenty-Five Years of Incomparable Research», *Business and Society*, vol. 36 (1), págs. 5-31.
- GUADAMILLAS, F. y DONATE, M.J. [2008]: «Responsabilidad social corporativa, conocimiento e innovación hacia un nuevo modelo de dirección de empresas», *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 17 (3), págs. 11-26.
- GUERRAS, L.A. y LÓPEZ-HERMOSO, J.J. [2002]: «La Responsabilidad Social de la Empresa. Perspectivas desde la Dirección Estratégica de la Empresa», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, vol. 4, págs. 263-275.
- GUERRAS, L.A. y NAVAS, J.E. [2007]: *La dirección estratégica de la empresa: teoría y aplicaciones*, 4.^a ed., Madrid: Thomson Civitas.
- HALL, R. [1993]: «A Framework Linking Intangible Resources and Capabilities to Sustainable Competitive Advantage», *Strategic Management Journal*, vol. 14 (8), págs. 607-618.
- HARRISON, J. y ST. JOHN, C. [1996]: «Managing and partnering with external stakeholders», *Academy of Management Executive*, vol. 10, págs. 46-60.
- HART, S.L. [1995]: «A natural-resource based view of the firm», *Academy of Management Review*, vol. 20 (4), págs. 986-1.014.
- HILLMAN, A.J. y KEIM, G.D. [2001]: «Shareholder value, stakeholder management, and social issues: what's the bottom line?», *Strategic Management Journal*, vol. 22 (2), págs. 125-139.
- HOWARD-GRENVILLE, J.A. y HOFFMAN, A.J. [2003]: «The importance of cultural framing to the success of social initiatives in business», *Academy of Management Executive*, vol. 17 (2), págs. 70-84.
- HUSELID, [1995]: «The impact of human resource management practices on turnover, productivity, and corporate financial performance», *Academy of Management Journal*, vol. 38 (3), págs. 635-672.

- ITAMI, H. y ROEHL, T.W. [1987]: *Mobilizing Invisible Assets*, Harvard University Press, Cambridge.
- JANZ, B.D. y PRASARNPHANIC, P. [2003]: «Understanding the Antecedents of Effective Knowledge Management: The Importance of a Knowledge-Centered Culture», *Decision Science*, vol. 34 (2), págs. 351-384.
- JONES, T.M. [1995]: «Instrumental Stakeholder Theory: A Synthesis of Ethics and Economics», *Academy of Management Review*, vol. 20 (2), págs. 404-437.
- KIMBERLY, J.R. y EVANISKO, M. [1981]: «Organizational innovation: the influence of individual, organizational and contextual factors on hospital adoption of technological and administrative innovations», *Academy of Management Journal*, vol. 24, págs. 689-713.
- KLASEN, R.D. y WHYBARK, D.C. [1999]: «The impact of environmental technologies on manufacturing performance», *Academy of Management Journal*, vol. 42 (6), págs. 599-615.
- KNAPP, E. y YU, D. [1999]: «How culture helps or hinders the flow of knowledge», *Knowledge Management Review*, vol. 2 (1), págs. 16-21.
- KOGUT, B. y ZANDER, U. [1992]: «Knowledge of the Firm, Combinative Capabilities and the Replication of Technology», *Organization Science*, vol. 3 (3), págs. 383-397.
- [1996]: «What Firms Do? Coordination, Identity, and Learning», *Organization Science*, vol. 7 (5), págs. 502-518.
- KOKA, B.R. y PRESCOTT, J.E. [2002]: «Strategic alliances as social capital: A multidimensional view», *Strategic Management Journal*, vol. 23, págs. 795-817.
- LANE, P.J. y LUBATKIN, M. [1998]: «Relative absorptive capacity and inter-organizational learning», *Strategic Management Journal*, vol. 19, págs. 461-477.
- LADO, A. y WILSON, M. [1994]: «Human resource systems and sustained competitive advantage: a competency based perspective», *Academy of Management Review*, vol. 19, págs. 699-727.
- LEE, M.P. [2008]: «A review of the theories of corporate social responsibility: Its evolutionary path and the road ahead», *International Journal of Management Reviews*, vol. 10 (1), págs. 53-73.
- LESSER, E.L. [2000]: *Knowledge and Social Capital. Foundations and applications*, Boston, Butterworth Heinemann.
- LEVINTHAL, D. y MARCH, J. [1993]: «The myopia of learning», *Strategic Management Journal*, vol. 14 (8), págs. 95-112.
- LIPPMAN, S.A. y RUMELT, R.P. [1982]: «Uncertain Imitability: An Analysis of Interfirm Differences in Efficiency under Competition», *The Bell Journal of Economics*, vol. 13 (2), págs. 418-438.
- MACHLUP, F. [1983]: «Semantic quirks in studies of information», en F. MACHLUP, & U. MANSFIELD (eds.), *The study of information: Interdisciplinary messages*, págs. 641-671, New York: Wiley.
- MAIDIQUE, M. y PATCH, P. [1988]: «Corporate Strategy and Technological Policy», en TUSHMAN, M. y MOORE, W. (eds.), *Readings in the Management of the Innovation*, Cambridge: MA, Ballinger, págs. 236-248.
- MARGOLIS, J.D. y WALSH, J.P. [2003]: «Misery Loves Companies: Rethinking Social Initiatives by Business», *Administrative Science Quarterly*, vol. 48 (2), págs. 268-305.
- MARTIN, X.; MITCHELL, W. y SWAMINATHAN, A. [1995]: «Recreating and extending Japanese automobile buyer-supplier links in N. America», *Strategic Management Journal*, vol. 16 (8), págs. 589-620.
- MARTÍNEZ, A.; VELA, M.J.; PÉREZ, M. y DE LUIS, P. [2007]: «Flexibilidad e Innovación: El efecto Moderador de la Cooperación», *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 16, págs. 69-88.
- MCGILL, M.E. y SLOCUM, J.W. [1994]: *The Smarter Organization: How to Build a Business That Learns and Adapts to Marketplace Needs*, New York, NY: Wiley.
- MCWILLIAMS, A. y SIEGEL, D.S. [2000]: «Corporate Social Responsibility and Financial Performance: Correlation and Misspecification?», *Strategic Management Journal*, vol. 21 (5), págs. 603-609.

- MCWILLIAMS, A.; SIEGEL, D.S. y WRIGHT, P.M. [2006]: «Corporate social responsibility: strategic implications», *Journal of Management Studies*, vol. 43 (1), págs. 1-18.
- MEYER, A.D. y GOES, J.B. [1988]: «Organizational assimilation of innovations: a multilevel contextual analysis», *Academy of Management Journal*, vol. 31, págs. 897-923.
- MILES, R.A.; SNOW, C.; MATTHEWS, J.; MILES, G. y COLEMAN, H. [1997]: «Organizing in the knowledge age: Anticipating the cellular form», *Academy of Management Executive*, vol. 11 (4), págs. 7-24.
- MORAN, P. y GHOSHAL, S. [1996]: *Value creation by firms. Best Paper Proceedings*, Academy of Management Annual Meeting, Cincinnati, OH.
- MUDAMBI, R. y HELPER, S. [1998]: «The "close but adversarial" model of supplier relations in the U.S. auto industry», *Strategic Management Journal*, vol. 19 (8), págs. 775-792.
- NAHAPIET, J. y GHOSHAL, S. [1998]: «Social capital, intellectual capital, and the organizational advantage», *Academy of Management Review*, vol. 23 (2), págs. 242-266.
- NAYYAR, P. [1995]: «Stock market reactions to customer service changes», *Strategic Management Journal*, vol. 16 (1), págs. 39-53.
- NIETO, M. [2001]: *Bases para el Estudio del Proceso de Innovación Tecnológica en la Empresa*, León: Universidad de León.
- [2003]: «From R&D Management to Knowledge Management. An Overview of Studies of Innovation Management», *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 70, págs. 135-161.
- NONAKA, I. [1994]: «A Dynamic Theory of Organizational Knowledge Creation», *Organization Science*, vol. 5 (1), págs. 14-37.
- NONAKA, I. y TAKEUCHI, H. [1995]: *The Knowledge Creating Company: How Japanese Companies Create the Dynamics of Innovation*, New York: Oxford University Press.
- OECD [2006]: *Manual de Oslo. Guía para la recogida e interpretación de datos sobre innovación*. Ed. OECD y Eurostat, 3.^a ed., París.
- OLIVER, C. [1998]: «The collective strategy framework: an application to competing predictions of isomorphism», *Administrative Science Quarterly*, vol. 33, págs. 543-561.
- ORLITZKY, M.; SCHMIDT, F.L. y RYNES, S.L. [2003]: «Corporate social and financial performance: a meta-analysis», *Organization Studies*, vol. 24 (3), págs. 403-441.
- ORTIZ DE URBINA, M. [2003]: «Medición y auditoría del capital intelectual», *El profesional de la información*, vol. 12 (4), págs. 282-289.
- PADGETT, R.C. y GALAN, J.I. [2010]: «The Effect of R&D Intensity on Corporate Social Responsibility», *Journal of Business Ethics*, vol. 93, págs. 407-418.
- PAVITT, K. [1984]: «Sectorial Patterns of Technical Change: Towards a Taxonomy and a Theory», *Research Policy*, vol. 13, págs. 343-373.
- PETERAF, M. [1993]: «The Cornerstones of Competitive Advantage: A Resource-based View», *Strategic Management Journal*, vol. 14 (3), págs. 179-191.
- PETTIGREW, A.M. [1979]: «On studying organizational cultures», *Administrative Science Quarterly*, vol. 24 (4), págs. 570-581.
- PEFFER, J. [1998]: *The Human Equation: Building Profits by Putting People First*, Harvard Business School Press: Boston, MA.
- PEFFER, J. y SALANCIK, G.R. [1978]: *The external control of organizations: A resource dependence perspective*, New York: Harper & Row.
- POLANYI, M. [1966]: *The Tacit Dimension*, Nueva York: Anchor Day Books.

- PORTER, M.E. [1985]: *Competitive Advantage*, Nueva York: Free Press.
- [1987]: *Ventaja Competitiva*, México: CECSA.
- PORTER, M.E. y KRAMER, M.R. [2006]: «Strategy and society. The link between competitive advantage and corporate social responsibility», *Harvard Business Review*, vol. 84 (12), págs. 78-92.
- PRAHALAD, C.K. [1997]: «Corporate governance or corporate value added? Rethinking the primacy of shareholder value», en *Studies in International Corporate Finance and Governance Systems*, CHEW, D. (ed.). Oxford University Press: New York; 46-56.
- PUTNAM, R.D. [2000]: *Bowling alone: The collapse and revival of American community*. New York: Simon and Schuster.
- RAO, H. [1994]: «The social construction of reputation: certification contests, legitimation and the survival of organizations in the American automobile industry: 1895-1912», *Strategic Management Journal*, Winter Special Issue, vol. 15, págs. 29-44.
- RING, P.S. y VAN DE VEN, A. [1992]: «Structuring cooperative relationships between organizations», *Strategic Management Journal*, vol. 13 (7), págs. 483-498.
- [1994]: «Developmental processes of cooperative interorganizational relationships», *Academy of Management Review*, vol. 19, págs. 90-118.
- ROGERS, E.M. [1995]: *Diffusion of innovations*, New York: Free Press.
- RUMELT, R. [1991]: «How Much Does Industry Matter?», *Strategic Management Journal*, vol. 12 (3), págs. 167-185.
- RUSSO, M.V. y HARRISON, N.S. [2005]: «Organizational design and environmental performance: clues from the electronics industry», *Academy of Management Journal*, vol. 48 (4), págs. 582-593.
- SCHEIN, E.H. [1985]: «How culture forms, develops and changes», en R.H. KILMANN, M.J. SAXTON, R. SERPA and Associates (eds.), *Gaining Control of the Corporate Culture*, San Francisco: Jossey-Bass, 17-43.
- SCHILLING, M.A. [1998]: «Technological lockout: An integrative model of the economic and strategic factors driving technological success and failure», *Academy of Management Review*, vol. 23, págs. 267-284.
- SCHROEDER, D.M. [1990]: «A dynamic perspective on the impact of process innovation upon competitive strategies», *Strategic Management Journal*, vol. 11 (1), págs. 25-41.
- SHARMA, S. y VREDENBURG, H. [1998]: «Proactive corporate environmental strategy and the development of competitively valuable organizational capabilities», *Strategic Management Journal*, vol. 19 (8), págs. 729-753.
- SNYDER, H. y PIERCE, J.B. [2002]: «Intellectual capital», *Annual review of information science and technology*, vol. 36, págs. 467-500.
- SPENDER, J.C. [1996]: «Making Knowledge the Basis of a Dynamic Theory of the Firm», *Strategic Management Journal*, vol. 17, págs. 45-62.
- SPENDER, J.C. y GRANT, R.M. [1996]: «Knowledge and the Firm: Overview», *Strategic Management Journal*, vol. 17, Winter Special Issue, págs. 5-9.
- STEWART, T.A. [1997]: *Intellectual Capital: The New Wealth of Organizations*, Doubleday/Currency: New York.
- STRONG, K.C.; RINGER, R.C. y TAYLOR, S.A. [2001]: «THE* ruled of stakeholder satisfaction (*timelines, honesty, empathy)», *Journal of Business Ethics*, vol. 32 (3), págs. 219-230.
- SUBRAMANIAM, M. y YOUNDT, M.A. [2005]: «The influence of Intellectual Capital on the Types of Innovative Capabilities», *Academy of Management Journal*, vol. 48 (3), págs. 450-463.
- SURROCA, J.; TRIBÓ, J.A. y WADDOCK, S.A. [2010]: «Corporate Responsibility and Financial Performance: the role of Intangible Resources», *Strategic Management Journal*, vol. 31, págs. 463-490.
- SVEIBY, K.E. [1997]: *The New Organizational Wealth: Managing and Measuring Knowledge-Based Assets*, Berrett-Koehler: New York.

- SZULANSKI, G. [1996]: «Exploring Internal Stickiness: Impediments to the Transfer of Best Practice Within the Firm», *Strategic Management Journal*, vol. 17, págs. 27-43.
- TEECE, D.J.; PISANO, G. y SHUEN, A. [1997]: «Dynamic Capabilities and Strategic Management», *Strategic Management Journal*, vol. 18 (7), págs. 509-533.
- THOMPSON, M. y HERON, P. [2006]: «Relational quality and innovative performance in R&D based science and technology firms», *Human Resource Management Journal*, vol. 16 (10), págs. 28-47.
- TIDD, J. [2001]: «Innovation Management in Context: Environment, Organization and Performance», *International Journal of Management Reviews*, vol. 3, págs. 169-183.
- TSAI, W. y GHOSHAL, S. [1998]: «Social capital and value creation: the role of intrafirm networks», *Academy of Management Journal*, vol. 41 (4), págs. 464-476.
- VAN DE VEN, A.H.; ANGLE, H.L. y POOLE, M.S. [1989]: *Research on the Management of Innovation*. Harper & Row, New York.
- WADDOCK, S.A. [2004]: «Parallel universes: Companies, academics, and the progress of corporate citizenship», *Business and Society Review*, vol. 109, págs. 5-42.
- WADDOCK, S.A. y GRAVES, S.B. [1997]: «The corporate social performance-financial performance link», *Strategic Management Journal*, vol. 18 (4), págs. 303-319.
- WERNELFELT, B. [1984]: «A Resource-Based View of the Firm», *Strategic Management Journal*, vol. 5 (2), págs. 171-180.
- WHITE, A.L. [2006]: *Business Brief: Intangibles and CSR. Business for Social Responsibility (BSR)*, (www.bsr.org), February 2006.
- WHITEHOUSE, L. [2006]: «Corporate Social Responsibility: Views from the Frontline», *Journal of Business Ethics*, vol. 63 (3), págs. 279-296.
- YOUNDT, M.A. y SNELL, S.A. [2004]: «Human Resource Configurations, Intellectual Capital, and Organizational Performance», *Journal of Managerial Issues*, vol. 16 (3), págs. 337-360.
- YOUNDT, M.A.; SNELL, S.A., DEAN, J.W. y LEPAK, D.P. [1996]: «Human Resource Management, Manufacturing Strategy, and Firm Performance», *Academy of Management Journal*, vol. 39, págs. 836-866.
- YOUNDT, M.A.; SUBRAMANIAM, M. y SNELL, S.A. [2004]: «Intellectual Capital Profiles: An Examination of Investments and Returns», *Journal of Management Studies*, vol. 41 (2), págs. 335-361.
- ZACK, M. [1999]: «Managing Codified Knowledge», *Sloan Management Review*, vol. 40 (4), págs. 45-58.
- ZAHRA, S.A. [1996]: «Technology Strategy and New Venture Performance: A Study of Corporate-Sponsored and Independent Biotechnology Ventures», *Journal of Business Venturing*, vol. 11, págs. 289-321.
- ZAHRA, S.A. y BOGNER, W.C. [1999]: «Technology Strategy and Software new Venture's Performance: Exploring the Moderating Effect of the Competitive Environment», *Journal of Business Venturing*, vol. 15 (2), págs. 135-173.
- ZAHRA, S.A. y COVIN, J.G. [1993]: «Business Strategy, Technology Policy and Firm Performance», *Strategic Management Journal*, vol. 16, págs. 451-478.
- ZAHRA, S.A. y DAS, S.R. [1993]: «Innovation Strategy and Financial Performance in Manufacturing Companies: An Empirical Study», *Production and Operations Management*, vol. 2 (1), págs. 15-37.
- ZAHRA, S.A.; NASH, S. y BICKFORD, D.J. [1995]: «Transforming Technological Pioneering into Competitive Advantage», *Academy of Management Executive*, vol. 9 (1), págs. 17-31.
- ZANDER, U. y KOGUT, B. [1995]: «Knowledge and the Speed of the Transfer and Imitation of Organizational Capabilities: an Empirical Test», *Organization Science*, vol. 6, págs. 76-92.

COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA, TRANSFERENCIA DE RIESGOS Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

*Catedrático de Derecho administrativo.
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:

EL estudio analiza las consecuencias que tiene la aplicación del principio de estabilidad presupuestaria sobre el clausulado de los mecanismos de colaboración público-privada. En particular, cómo configurar un adecuado reparto de riesgos y especialmente cómo se estructuran los apoyos públicos puede determinar que compute como déficit público a los efectos de la doctrina de Eurostat sobre el SEC 95.

Palabras clave: estabilidad presupuestaria, colaboración público-privada, SEC 95 y Eurostat.

PUBLIC-PRIVATE COOPERATION, TRANSFER OF RISKS AND BUDGETARY STABILITY

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

*Catedrático de Derecho administrativo.
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:

THE study analyzes the consequences of applying the principle of budgetary stability over the clauses of the mechanisms of public-private. In particular, how to set an appropriate risk sharing and especially how they are structured public support may determine that such deficit to compute the effects of the doctrine of Eurostat SEC 95.

Keywords: budgetary stability, public-private cooperation, SEC 95 and Eurostat.

Sumario

- I. Consideraciones generales.
- II. La colaboración público-privada como género y como especie.
- III. El riesgo como elemento esencial de la valoración jurídica de los medios de construcción de infraestructuras.
- IV. Colaboración público-privada y Ley de Contratos del Sector Público.
- V. Riesgo en la colaboración público privada y estabilidad presupuestaria.
- VI. La transferencia de riesgos al contratista de la Administración pública.
- VII. Riesgos de construcción.
- VIII. Riesgos de disponibilidad de la infraestructura.
 - VIII.1. Desarrollo general de la transferencia de riesgos de disponibilidad.
 - VIII.2. En particular, la estructuración de los pagos por disponibilidad.
- IX. Riesgos de demanda.
- X. Una cuestión general: el momento del cómputo de la operación en el balance de la Administración pública: la aplicación del principio de devengo.
- XI. Análisis del efecto sobre el déficit público.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La construcción de infraestructuras públicas es fuente en este momento de una tensión importante entre la situación financiera de las Administraciones públicas y una reclamación constante por parte de la ciudadanía. No es un problema que derive solo de la crisis económica que se inició en 2008 como consecuencia de las hipotecas *subprime* en los Estados Unidos de América, sino que, aunque con mucha menor virulencia, se remonta a algunos años antes, concretamente a la aprobación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo celebrado en Ámsterdam el 17 de junio de 1997. Este pacto fue un instrumento clave para el establecimiento del euro como moneda común, y exigió la adopción de determinadas medidas de contención y austeridad económica pública, a fin de garantizar una solvencia suficiente de la economía europea, que pudiera permitir el establecimiento de una moneda única. Esta conveniencia de que se adopten medidas de rigor presupuestario están recogidas en la actualidad en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ¹, que dispone sucintamente que «los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos».

Dentro de las partidas que tienen más impacto en el déficit público, la construcción de infraestructuras es una de las primordiales. Los instrumentos de medición de la situación económica de los entes públicos europeos, desarrollados por Eurostat –Oficina Estadística de la Comisión Europea– ², afectan muy relevantemente a la política de infraestructuras de los entes públicos, condicionando las que se pueden llevar a cabo, moralizando las formas de ejecución, de manera que se puede señalar que el auge y la desaparición de algunas modalidades deriva directamente de la aplicación de los criterios de Eurostat sobre el déficit público. Así, por ejemplo, el auge y caída del denominado *modelo alemán* de ejecución de obras –esto es, el contrato con abono total del precio– es consecuencia directa de la variación en los criterios contables sobre el déficit público del Estado que lo utilice.

¹ Precepto que en este punto tiene una redacción similar a la del antiguo artículo 104 del Tratado de la Unión Europea.

² El documento fundamental publicado por Eurostat está constituido por el «Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública» (2002). El gran desarrollo de las fórmulas de cooperación público-privado para la construcción de infraestructuras hizo que, dos años después, se hiciera público un capítulo complementario titulado «Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners» (2004).

La propia utilización de los modelos de colaboración público-privada es también consecuencia de cómo se trata contablemente a los efectos del déficit público la estructuración de los riesgos que están en el contrato, mediante la modificación de la prestación característica del contrato y, al mismo tiempo, una transferencia suficiente de los riesgos al socio privado. De hecho, el propio Plan Estratégico de Infraestructuras y Transportes –aprobado por el Gobierno de España en 2005– reconoce que la «asociación entre el sector público y el privado pretende conciliar la necesidad de inversiones infraestructurales con la necesidad de mantener la disciplina presupuestaria. La Unión Europea ha dado recientemente los primeros pasos que aclaran el panorama y facilitan estas operaciones»³. En esta ocasión, la modificación en la mayor parte de los casos de la prestación característica que deja de ser construcción de bienes, pasando a ser prestación de servicios, es lo que permite fomentar la adopción de estas modalidades de provisión de infraestructuras, a pesar de que son mucho más complejas de llevarlas a la práctica.

La coyuntura es especialmente compleja. Pese al volumen de déficit público –que impide asumir nuevas obligaciones de gasto– es, sin embargo, necesario mantener un cierto nivel de construcción de obra pública para satisfacer necesidades públicas y por el efecto sobre el empleo y, precisamente, por ello se ha aprobado en abril de 2010 el Plan Extraordinario de Infraestructuras que está articulado precisamente sobre los mecanismos de colaboración público-privada. Al mismo tiempo, en el Congreso de los Diputados se estuvo trabajando en dos Proyectos de Ley que afectaban al régimen de construcción de obra pública: por un lado, lo que se transformó en la muy relevante Ley 2/2011, de Economía Sostenible⁴ que contempla ciertos cambios en el régimen del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, amén de incorporar una regulación de la colaboración público-privada institucional. La función esencial que se plantea con los cambios es introducir la colaboración público-privada en una situación de sostenibilidad económica de las Administraciones Públicas. Asimismo, se proporciona un cierto marco para la colaboración público-privada institucional.

La segunda de las disposiciones, posiblemente más relevante a estos efectos, es el Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas⁵, que hubiera completado la regulación de los concesionarios de obra pública antes de la promulgación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP). Todo ello, en un contexto de crisis económica que hace que haya de impulsarse la participación de los operadores privados con el fin de materializar las infraestructuras necesarias para el desarrollo económico y social del país. Lo cual se efectúa teniendo en cuenta que las modalidades de CPP acostumbran a tener un sobrecoste con respecto al contrato de obra pública, más o menos importante en función de la modalidad de infraestructura que se esté acometiendo por el ente público.

³ Ministerio de Fomento. Plan Estratégico de Infraestructuras y Transportes, pág. 160.

⁴ Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Presentado el 30 de marzo de 2010, calificado el 6 de abril de 2010. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-60-1 de 9 de abril de 2010. Como se señala en la exposición de motivos, «la eficiencia en la contratación pública y la colaboración público-privada, como elementos fundamentales de relación entre la Administración pública y el tejido empresarial y, a la vez, como ámbitos en los que debe reforzarse la vinculación a parámetros de sostenibilidad económica».

⁵ Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas. Presentado el 30 de octubre de 2009, calificado el 10 de noviembre de 2009. Está aún en fase de admisión de enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-47-1 de 13 de noviembre de 2009.

II. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO GÉNERO Y COMO ESPECIE

El contexto que se ha descrito en el epígrafe anterior ha motivado una diversificación de las formas de provisión de infraestructuras ⁶ y, especialmente, un impulso considerable a las formas de colaboración público-privada. Realmente, cuando se hace referencia a ella, se está planteando un abanico de posibilidades que en unos casos hacen referencia a modalidades diferentes de actuación por parte de los entes públicos. Así, en el *Libro Verde* sobre contratación pública, aprobado hace escasamente seis años, se señala que el concepto de colaboración público-privada «en general se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio» ⁷. En los documentos comunitarios se acostumbra a realizar una primera diferenciación entre las modalidades institucionales –que son las que dan nacimiento a un ente diferente– de las modalidades meramente contractuales.

Pero incluso dentro de estas últimas, no hay un único procedimiento que condense todas las modalidades de colaboración público-privada ⁸. Desde la estructurada concesión de obra pública a las modalidades atípicas, más propias realmente de colaboraciones público-privada y que se han definido por la doctrina como «modelos para armar» ⁹ parafraseando el título de una novela de Julio Cortázar. Porque realmente lo que caracteriza como modalidad específica a estas formas de provisión de infraestructuras es su carácter atípico, funcional, constituyendo un género amplio de técnicas que están a disposición de contratista y Administración pública ¹⁰. De forma muy expresiva, DIPACE ha

⁶ Así, véase la obra colectiva coordinada por RUIZ OJEDA, A.: *La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas*, Coedición de la Fundación Diálogos y la Editorial Civitas, Madrid (1997) o la obra también colectiva dirigida por ROMERO ÁLVAREZ, F.J.: *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Coedición de la Cámara de Cuentas de Andalucía y la Editorial Civitas, Madrid (1999) y la de ARIÑO & ALMOGUERA, Abogados (Editores), *Nuevo Derecho de las infraestructuras*, Coedición de la REDETI y la Editorial Montecorvo, Madrid (2001), VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Ejecución y financiación de obra pública. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Civitas (2006) y HERRANZ EMBID, P.: «Régimen general de las obras públicas», en la obra colectiva dirigida por GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch (2009), págs. 213 y ss. y, más sucintamente «Construcción, gestión y financiación de infraestructuras de interés general», en la obra colectiva dirigida por GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *Diccionario de Derecho de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid (2007).

⁷ *Libro Verde de la Comisión Europea sobre la colaboración público-privado y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y la comisión*, COM (2004) 327, pág. 3.

⁸ De hecho, bien podría señalarse que, en función de esta definición, hay diversas realidades detrás de la colaboración público-privada: i) Por un lado, como mecanismo de financiación privada de construcción de obra pública, básicamente como el mecanismo por el cual los poderes públicos buscan el ahorro privado el cual se canaliza a través de cualquier tipo de instrumento ya sea este créditos, emisiones de deuda, que son pagados por la Administración generadora del mismo; ii) en segundo lugar, se puede estar haciendo referencia a que el gobierno busca financiación para compartir con el sector privado el riesgo de la inversión, lo cual nos lleva a que hay participación privada no solo en la financiación sino también en la retribución, y iii) hay ocasiones en las cuales los poderes públicos buscan la participación privada a través de la construcción de las infraestructuras que son retribuidas por su utilización o disponibilidad de la misma, lo que hace que la financiación sea privada y la retribución en principio también. Un desarrollo de estas cuestiones puede verse en JUAN LOZANO, A.M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos (una aproximación desde los principios jurídico-financieros)*, IEF (2006).

⁹ GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: «El contrato de colaboración público-privada», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 170 (mayo-agosto 2006), pág. 22.

¹⁰ Así, pueden verse dos estudios en donde analizan manifestaciones del género de CPP proyectadas a sectores específicos: VILLAR ROJAS, F.J.: «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y privados», en

señalado en Italia que con ello lo que se hace es «introducir el caballo de Troya de la atipicidad contractual en la ciudadela de la actividad contractual de los entes públicos»¹¹.

Realmente, cuando se introdujo un nuevo contrato típico en la Ley de Contratos del Sector Público, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado¹² se estaba proporcionando una regulación básica para una forma de relación entre administración y contratista en la que la atipicidad, su flexibilidad, es precisamente su característica más relevante. Y de hecho, como se puede apreciar de la regulación, los contenidos imperativos no constituyen el núcleo básico de la regulación, sino que esta está constituida por una guía de elementos, para que las partes lo articulen de la mejor forma posible. En esta línea, llama la atención que posiblemente el punto más relevante desde una perspectiva pública, el que motiva que se recurra a estos procedimientos, el efecto sobre el déficit, no ha merecido ni siquiera un informe hasta hace bien pocas fechas, con ocasión de uno de los reales decretos-ley promulgados con medidas anticrisis, como veremos en el último epígrafe. En todo caso, la promulgación de esta disposición en modo alguno impide que formas más atípicas, vinculadas a la gestión patrimonial, sigan resultando de aplicación; tal como se verá con posterioridad.

III. EL RIESGO COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS MEDIOS DE CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURAS

El análisis jurídico de la naturaleza real de las formas de provisión de infraestructuras públicas depende en buena medida de la gestión del riesgo inherente a la construcción de la infraestructura. Ha de tenerse en cuenta que las restricciones en cuanto al déficit público han motivado por parte de las Administraciones públicas que se realicen operaciones de cierta ingeniería jurídico-financiera con la finalidad de que determinadas operaciones no computen a los efectos del déficit. Por otra parte, es ya tradicional la preocupación de la Comisión europea por la alteración de la relación entre el clausulado de los contratos y la modalidad contractual elegida por parte de la Administración pública¹³. Esta

la *Revista de Administración Pública*, n.º 172 (enero-abril 2007), págs. 164 y ss. y MÍGUEZ MACHO, L.: «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 175 (enero-abril 2008), págs. 157 y ss.

¹¹ DIPACE, R.: *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè (2006), pág. 105.

¹² La inclusión de este precepto ha motivado el interés de los autores. Así, véase CHINCHILLA MARÍN, C.: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 132 (octubre-diciembre 2006), págs. 609 y ss.; GARCÍA-CAPDEPÓN, P.: «El contrato de colaboración público-privado», en la *Revista de la Función Consultiva*, n.º 3 (enero-junio 2005), págs. 89 y ss. y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: «El contrato de colaboración público-privado», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 170 (mayo-agosto 2006), págs. 7 y ss. Un recordatorio de algunos supuestos de colaboración público-privado en el ámbito local se puede ver en ARIMANY LAMOGLIA, E.: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructura y equipamiento local», en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 11 (2006), págs. 23 y ss.

¹³ De acuerdo con lo señalado con la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea 2000/C 101/02 «si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión».

inquietud se proyecta habitualmente sobre la gestión del riesgo económico de la operación de construcción de infraestructuras, en la medida en que modalidades de colaboración público-privada que se analizan con cierto detenimiento acaban resultando meros contratos de obra con diferimientos en el pago.

El problema del reparto de riesgos es complejo, con esta y con casi cualquier normativa ¹⁴; ya que afecta a numerosos factores que tienen un grado distinto de previsibilidad. Por un lado, hay que mantener el principio recogido en la LCSP de que el contrato se ejecute a riesgo y ventura del contratista y que, al mismo tiempo, se incentiven desde las Administraciones públicas estas modalidades de construcción de infraestructuras, en las cuales la extensión temporal prolongada acostumbra a ser una característica a la par que un elemento que complica el análisis de riesgos. De hecho, hemos de recordar que la modalidad contractual en la que dispone de menor intensidad este principio es precisamente en una de las modalidades de colaboración público-privada, de acuerdo con lo señalado en la LCSP: «La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado». En todo caso, en el horizonte de la ejecución de un contrato de CPP no podemos olvidar que el principio que hay que satisfacer es este de la ejecución a riesgo y ventura del contratista.

En el ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que ocurre en Francia ¹⁵, no está delimitado el porcentaje de participación pública en apoyo de la concesión administrativa. De hecho, examinando algunas de las concesiones de obra pública se observa que el reparto de riesgos estaba muy decantado en contra del ámbito público. La propia complejidad de estas modalidades contractuales dificulta en exceso la posibilidad de un control tanto de naturaleza política como económica. Hay, además, un factor que no es posible desdeñar cuando se aborda el problema de la gestión de los riesgos desde una perspectiva pública: en los procesos de configuración de las CPP suele estar muy involucrado el sector privado incluso en la propia definición del objeto del contrato, ya que, como recuerda el artículo 11 de la LCSP, será a través del diálogo competitivo como se determinen los medios de hacer frente a la necesidad pública.

La dificultad del problema de gestión y configuración del riesgo al que se está haciendo referencia no es meramente teórico. El caso de la construcción del Metrosur por parte de una entidad dependiente de la Comunidad de Madrid exterioriza cuál es el debate en el que nos encontramos. Una configuración técnico-jurídica compleja en el que participaron varias entidades dependientes de la Administración autonómica con la finalidad de no computar la construcción a efectos del déficit y que, sin embargo, la gestión del riesgo invalidó el objetivo propuesto, ya que tras la arquitectura jurídica, la

¹⁴ Recordemos cómo con la legislación anterior había voces muy cualificadas que señalaban que esa asunción del riesgo en proporción sustancial por el concesionario «no se refleja en el articulado de la ley, relativo a la concesión de obras públicas, incorporado a la LCAP. Y tampoco se refleja en el articulado la afirmación de la E. M. de que la Ley responde sin ambigüedades a las exigencias de la doctrina y conclusiones de la Comisión Europea, expuestas en su Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02». GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «El contrato de concesión de obras públicas», en la obra colectiva dirigida por él mismo *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Madrid (2003), pág. 1.103.

¹⁵ En Francia está establecido por el Consejo de Estado un tope máximo del 70 por 100 de aportación pública para que se pueda hablar de concesión de obra pública. Tomo el dato de MARTÍN HUERTA, P.: «Régimen económico-financiero de la concesión de obra pública», en la obra colectiva dirigida por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Ed. Civitas, Madrid (2003), pág. 233.

Administración autonómica seguía siendo quien respondía de las consecuencias económicas del contrato ¹⁶. Más recientemente, la decisión de Eurostat sobre la Autopista de Sanxeno ¹⁷ muestra como allí donde había formalmente una concesión, había que entender un contrato de obra precisamente porque no había una transferencia de riesgo al sector privado. Desde luego, la necesidad que tienen los entes públicos de reducir el déficit, la práctica de forzar la aplicación de los criterios del SEC95 ha hecho que «los contables nacionales examinan cuidadosamente el contexto jurídico de las unidades y las operaciones para clasificarlas. Sin embargo, a veces es importante ver más allá de la forma jurídica de una unidad institucional o un flujo económico y *transmitir la realidad económica*. Esto puede aplicarse tanto a la clasificación de unidades como a la clasificación de flujos» ¹⁸. Por ello, se puede señalar que algunas formas de contabilidad de diseño han llegado a las Administraciones públicas.

Si el riesgo del cómputo en el déficit público puede provocar problemas de consideración de índole presupuestaria y puede motivar un replanteamiento de la política pública de inversiones, los peligros de naturaleza económica no son menos reales. Tomo las palabras de RUIZ OJEDA, que resultan en este lugar muy expresivas de los problemas teóricos y reales que se han planteado con el respaldo público a la construcción de infraestructuras por los particulares; y lo que es expresión de cómo la historia se repite: «No hablo de conjeturas: las autopistas españolas son el mejor antídoto contra la elucubración. Y quien garantiza, paga. El Estado garantizó, y fue él quien pagó, y sigue pagando: otorgó seguros de cambio y avales, rescató concesionarias en quiebra, confirió privilegios fiscales, entre otras cosas. El que diga que solo con garantías públicas se logrará la implicación del capital privado en la financiación de infraestructuras se equivoca rotundamente. Con garantías públicas de tal guisa lo que se consigue es dar un largo rodeo, con un resultado injusto e ineficiente, y todo para camuflar lo que desde el principio era claro como la luz del día: que la Administración respondía íntegramente, o sea, el *riesgo y ventura de la entidad pública concedente*. Para este viaje no se necesitan tales alforjas» ¹⁹. Conclusiones que sirven para las autopistas de los años setenta y también para las radiales de Madrid hechas en el periodo 1996/2004, y cuyo análisis económico se efectuó con unas previsiones que no resistían ningún análisis de razonabilidad, ya que los problemas no se vinculan a la crisis sino al propio incremento de los precios del suelo fruto de la nefasta política urbanística de la época y que está en la raíz de las peculiaridades españolas de la crisis económica. Por tanto, como se puede ver, el problema de la ponderación de los riesgos es una cuestión vital dentro del funcionamiento de las Administraciones públicas.

De hecho, en este contexto tan favorable a la introducción de las modalidades de colaboración público-privada, la propia Comisión europea ha insistido en los riesgos que plantean para las Administraciones públicas. Concretamente, ha indicado que «las APP son un instrumento atractivo, en pleno auge en muchos sectores, pero cuyo éxito depende de la presencia de ciertos factores o condiciones: proyectos de dimensión reducida, proyectos cuya remuneración y riesgos son fáciles de cal-

¹⁶ Sobre este contencioso, véase el interesante artículo de MARTÍNEZ CALVO, J.: «Hacia la construcción de un "Derecho administrativo financiable". Crónica del caso MINTRA», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 167 (mayo-agosto 2005), págs. 369 y ss.

¹⁷ Decisión de Eurostat de 3 de junio de 2008, sobre la Autovía del Salnés, Tramo enlace con la PO 531-Sanxeno.

¹⁸ Eurostat, «Manual...», *op. cit.*, pág. 28.

¹⁹ RUIZ OJEDA, A.: «Apuntes críticos sobre el proyecto de ley básica», en la *Revista de Obras Públicas*, n.º 3245 (octubre 2002), pág. 176.

cular, autopistas, puentes o aeropuertos. Pueden resultar igualmente útiles cuando la aportación privada permita maximizar los resultados y controlar mejor los costes en comparación con un proyecto similar gestionado por el sector público. Ahora bien, esta solución suele tener repercusiones en el terreno de los costes, que a menudo suelen ser superiores a los de una financiación íntegramente pública, a causa del coste de las transacciones –en particular los costes ligados a la determinación, distribución y cobertura de los riesgos– y de los capitales, mayor para los inversores privados. Está claro que el recurso a las APP no se puede presentar como una solución milagro para el sector público, agobiado por las presiones presupuestarias. Nuestra experiencia demuestra que una APP mal preparada puede dar lugar a costes muy elevados para el sector público»²⁰.

He tomado, a partir de ahora, los problemas derivados de la gestión del riesgo en relación con el cumplimiento de las obligaciones de estabilidad presupuestaria. Sin lugar a dudas esta es una consecuencia secundaria de la transferencia de riesgos, pero tiene la suficiente entidad como para que nos permita el examen de otras cuestiones de régimen de los contratos de colaboración público-privada. No obstante, con carácter previo quiero hacer alguna consideración sobre la colaboración público-privada en el TRLCSP.

IV. COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Los artículos 11 y consecuentes del TRLCSP recogen una modalidad de la colaboración público-privada, el denominado contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Al mismo tiempo, se recoge una regulación –incompleta, en lo que respecta a los mecanismos de financiación del contratista– de otra modalidad de CPP, las concesiones de obra pública. No obstante, conviene tener presente que con ello no se agotan las posibilidades de configurar figuras de colaboración público-privada ya que es un género especialmente amplio de posibilidades de actuar para las Administraciones públicas.

De hecho, conviene tener presente que una de las modalidades más utilizadas de CPP, lo que se ha definido usualmente como arrendamiento operativo²¹, es previo al TRLCSP y su desarrollo es consecuencia de la integración de la normativa patrimonial pública con el principio de libertad de pactos que se recogía en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y hoy contempla su contemporáneo TRLCSP, en coordinación con lo que dispone la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Es lo que se denomina colaboración público-privada de naturaleza patrimonial que sigue reposando en la atipicidad.

Hoy en día estas modalidades siguen siendo utilizadas, como prueban los expedientes que se gestionan desde GISA, por ejemplo²², sin demasiados problemas de legalidad, teniendo en cuenta que

²⁰ Comunicación de la Comisión de 23 de abril de 2003 sobre Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras. Interoperabilidad del telepeaje.

²¹ La bibliografía sobre el arrendamiento operativo es escasa. Véase especialmente HERRANZ EMBID, P.: «Régimen general...» *op. cit.*, págs. 252 y ss.

²² Véase la web de GISA, donde se recogen los procedimientos de contratación <http://www.gisa.es>.

encuentran una base legal confortable en los artículos 111 y siguientes de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Recuérdese que estos contratos patrimoniales están parcialmente excluidos de la legislación general de contratos del sector público, tal como dispone el artículo 4.1 p) del TRLCSP, que no se aplica a «los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, *que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial*. En estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección I del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas es superior al 50 por 100 del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta ley» (la cursiva es mía). El régimen de estos contratos no será, en consecuencia, el de la contratación administrativa sino el patrimonial, en todo lo referente a la gestión negocial²³, lo cual permite un abanico de posibilidades bastante considerable.

V. RIESGO EN LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Las fórmulas de colaboración público-privada han encontrado su razón fundamental de existencia para las Administraciones públicas en el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria. La razón básica que justifica esta vinculación deriva del hecho de que las modalidades de colaboración público-privada permiten la transformación de las partidas presupuestarias para que no supongan necesidades de financiación por parte de los entes públicos, ya sea porque se modifica la partida presupuestaria a la que se carga la operación, figurando como servicio en lugar que como adquisición de bienes o bien porque el que asume el riesgo es otra entidad, como ocurre con las sociedades estatales de obras públicas. Es, además, un tipo de procedimiento que ha sido de alguna forma incentivado desde la Oficina Estadística de la Unión Europea, Eurostat, que de forma un tanto sorprendente ha aprobado una serie de documentos en donde se proporciona una guía para la acción en relación con el reparto de riesgos²⁴.

Todo ello, además, con el espejo de la conocida decisión sobre la sociedad del Gobierno Federal Austriaco Bundesinmobilliengesellschaft –resolución conocida usualmente como caso BIG–, que constituye el modelo de los entes públicos europeos para mantener un elevado nivel de construcción de infraestructuras sin consolidación en el déficit público. Se trataba de una operación compleja en

²³ Una aproximación al régimen de gestión patrimonial se puede ver en COLOM PIAZUELO, E.: «La gestión patrimonial. Disposiciones generales», en la obra colectiva dirigida por CHINCHILLA MARÍN, C.: *Comentarios a la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones Públicas*, Ed. Thompson-Civitas, Madrid (2004), págs. 601 y ss.

²⁴ El documento fundamental publicado por Eurostat está constituido por el «Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública» (2002). El gran desarrollo de las fórmulas de cooperación público-privado para la construcción de infraestructuras hizo que, dos años después, se hiciera público un capítulo complementario titulado «Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners» (2004).

donde se encomendó a la sociedad BIG la gestión del patrimonio inmobiliario del Estado, con el encargo de acometer su remodelación para ponerlo a disposición del Estado con un arrendamiento que se abonaría de acuerdo con precios de mercado, asumiendo la sociedad el riesgo de un coste superior a lo asignado por el Gobierno para cumplir esta función. En todo caso, estas situaciones proceden de un estudio exhaustivo de cuáles son las prestaciones características de la relación pactada y cuál ha sido el grado de transferencia del riesgo económico del contrato al socio privado, lo que se ha tenido que producir en una proporción sustancial.

De hecho, esta tendencia a la utilización de las fórmulas de los CPP y, en particular, la tendencia a la utilización imaginativa de los negocios jurídicos por parte de los entes públicos²⁵ se ha traducido en que el propio Eurostat insista en la necesidad de un estudio exhaustivo de las figuras empleadas por parte de las autoridades nacionales encargados de la verificación del déficit público. Concretamente, se señala que «los contables nacionales examinan cuidadosamente el contexto jurídico de las unidades y las operaciones para clasificarlas. Sin embargo, a veces es importante ver más allá de la forma jurídica de una unidad institucional o un flujo económico y *transmitir la realidad económica*. Esto puede aplicarse tanto a la clasificación de unidades como a la clasificación de flujos»²⁶. Actividad de las entidades nacionales que ha de aplicar la doctrina Eurostat que está recogida en sus manuales, aunque no por ello el grado de transparencia ni en cuanto a los criterios ni en cuanto a los procedimientos de aplicación es suficiente, como se mostró en el caso de la construcción del Metrosur en la Comunidad de Madrid por parte de Mintra, entidad pública empresarial de la propia Comunidad²⁷.

²⁵ Con la claridad que le caracteriza, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ ha afirmado que «es cosa bien sabida que si en algo son expertos en la Comisión Europea es precisamente en no dejarse confundir con la heterogeneidad de formas y técnicas de cobertura que son tradicionales de los diferentes Estados o que estos crean con los más diversos fines». MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?» en la *Revista de Administración Pública* n.º 144 (septiembre-diciembre 1997), pág. 73.

²⁶ Eurostat, «Manual...», *op. cit.*, pág. 28.

²⁷ Recordemos que, de acuerdo con la información suministrada por el DOCE, el 11 de abril de 2005 se ha interpuesto recurso ante el Tribunal de Primera Instancia por la Comunidad Autónoma de Madrid y Madrid, Infraestructuras del Transporte (MINTRA) contra la Comisión de las Comunidades europeas (Asunto T-148/05), que basa en los siguientes argumentos que reproduzco:

«El presente recurso se interpone contra la decisión de la demandada que clasifica MINTRA en el sector general "administraciones públicas", de conformidad con el "SISTEMA EUROPEO DE CUENTAS-SEC 95" (SEC 95) contemplado en el Anexo A del Reglamento (CE) n.º 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad. 1. El SEC 95 está integrado por una serie de definiciones, nomenclaturas y reglas de metodología contable que los Estados miembros aplican en la elaboración de sus cuentas y estadísticas económicas nacionales. Este sistema contable se utiliza igualmente para la aplicación del procedimiento por déficit excesivo. MINTRA es un ente de Derecho Público de la Comunidad de Madrid adscrito a la Consejería de Transportes e Infraestructuras. Goza de personalidad jurídica y patrimonio propios, así como de plena capacidad de obrar. Dispone igualmente de capacidad de endeudamiento autónomo respecto de la Comunidad de Madrid.

En apoyo de sus pretensiones, la demandante alega:

- La violación de varias de las normas reguladoras del SEC 95, relativas a la clasificación de las unidades institucionales como entidades "de mercado" o "de no mercado".
- La violación del principio de confianza legítima, en la medida en que la decisión impugnada supone un cambio radical de la postura de Eurostat acerca de la clasificación adoptada por este organismo respecto de MINTRA mediante carta de 14 de febrero de 2003, reclasificación que se produjo tras un pronunciamiento de Eurostat en el mismo sentido en un caso muy similar, el del ente público austriaco Bundesimmobiliengesellschaft. Se resalta, a este respecto, el hecho de que la decisión de autos acarrea unas consecuencias financieras de extrema gravedad para la demandante y para MINTRA, dado que la deuda del ente público pasará a quedar integrada en las cuentas de la Comunidad de Madrid. Por otra parte, MINTRA podría verse obligada a resolver los contratos ya firmados relacionados con el plan

El punto de partida está constituido por el hecho de que en el documento clave del régimen de cómputo del déficit, el SEC95, las relaciones jurídicas tendentes a la construcción de infraestructuras públicas reciben, desde el punto de vista contable, la consideración de «formación bruta de capital fijo» (párrafos 3.102 y 3.105 del SEC 95). En principio, lo que hay que diferenciar es, siguiendo lo dispuesto en el Plan de Estabilidad y Crecimiento, cuándo esas operaciones afectan a las necesidades de financiación de los entes públicos —con la consecuencia del cómputo para el déficit—. En principio, si se recurre a las formas tradicionales de construcción de infraestructuras —esto es, al contrato de obra pública— computarían la cuantía de la financiación en la contabilidad de la Administración contratante y tendría el efecto consecuente sobre el incremento déficit público de dicho ente público y, por ende, del Estado afectado. Por tanto, de lo que se trata es de examinar en qué condiciones no se va a producir la consolidación contable.

En principio, en las operaciones de cooperación público-privada de carácter puramente contractual, el análisis de cuándo no se computa a efectos del déficit público parte del principio de que lo relevante no es la forma jurídica que se esté utilizando sino la naturaleza de los flujos económicos, sobre todo si tenemos en cuenta que las CPP presentan numerosas modalidades con diferentes prestaciones, lo que incluso ha motivado la adaptación de la doctrina general de Eurostat²⁸ en aras de un control más efectivo de estas operaciones de cooperación público-privada. Aunque la exteriorización de esta doctrina ha dado pie a que su uso suponga un incentivo para la utilización de estas figuras, configuradas al modo que la Oficina Estadística Europea ha estructurado.

La determinación de la naturaleza de los flujos económicos pasa a ser un elemento central del examen, ya que es lo que permitirá delimitar si nos encontramos con las que se consideran transferencias financieras o si, por el contrario, son catalogables como no financieras. La razón que motiva esta diferenciación es clara y está en el propio Protocolo sobre el déficit público, tal como ha señalado el propio Eurostat: «Dado que, en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, el déficit se ha definido como la *necesidad de financiación* del sector Administraciones públicas, se produce una asimetría entre el tratamiento estadístico de los activos *no financieros* y el de los activos *financieros*. Las variaciones de los activos *no financieros* (cuando se deben a operaciones) se registran

de expansión de la red de ferrocarril metropolitano, que la Comunidad de Madrid emprendió partiendo de la clasificación de febrero de 2003.

- La violación de la obligación de motivación, en cuanto, entre otras razones, la decisión impugnada carece de cualquier referencia a su base jurídica y a los elementos fácticos concretos sobre los que se fundamenta»

²⁸ News Release 18/2004. De hecho, la adopción de la decisión es la consecuencia del desarrollo imaginativo de las fórmulas de asociación público-privada: «las colaboraciones público-privadas vienen desarrollándose desde hace bastantes años en el seno de la Unión Europea. Estas fórmulas de promoción de infraestructuras pueden adoptar diversas formas, incluyendo las tradicionales concesiones administrativas que normalmente no consolidan en el balance de la Administración. Recientemente, se han venido realizando nuevas e innovadoras fórmulas de colaboración en algunos países miembros, y se estima que esta tendencia continúe e incluso se acreciente como consecuencia de la necesidad de incrementar la eficiencia del gasto público y la calidad global de los servicios públicos. La Iniciativa de Crecimiento de la Unión Europea, aprobada por el Consejo Europeo de 2003, establece como uno de los objetivos prioritarios el recurso a estas innovadoras fórmulas de colaboración público-privada en la promoción de infraestructuras. Si bien la Oficina Estadística de la Comisión, Eurostat, no examina los motivos, la racionalidad y eficiencia de estas relaciones, tiene que proporcionar guías claras para su tratamiento en contabilidad nacional, para observar su impacto en los gastos generales del sector público. Más aún, una parte importante de la misión de Eurostat es asegurar la homogeneidad de las estadísticas gubernamentales en todos los Estados Miembros —incluidos los 10 Miembros que están en proceso de incorporación— de tal manera que el déficit y las estadísticas de deuda sean íntegramente comparables de acuerdo con el sistema SEC 95».

en la cuenta de capital. Por lo tanto, modifican la capacidad o necesidad de financiación, que es el saldo de la cuenta de capital. Por el contrario, las variaciones de los activos *financieros* –registradas en la cuenta financiera– no modifican dicho saldo (excepto en el caso de las variaciones unidireccionales, como la asunción de deudas o la cancelación deudas, si la variación de los pasivos se compensa mediante una transferencia de capital)»²⁹. De hecho, el auge y caída de algunas modalidades contractuales han estado determinados por su consideración como transferencia financiera o no financiera.

El factor determinante para la desconsolidación, que ya se vio que jugaba un papel central en las CPP, consiste en que se pueda comprobar que se ha producido en la relación jurídica una transferencia suficiente de riesgo al contratista, de tal manera que la mayor parte de estos sean asumidos por la parte externa a la Administración pública. De hecho, así lo ha afirmado Eurostat después de examinar la realidad que se está abriendo: «el análisis de los riesgos asumidos por las partes contractuales constituye el elemento fundamental a la hora de clasificar el activo afecto al contrato para asegurar la correcta contabilidad del impacto sobre el déficit público de este tipo de asociaciones»³⁰. Realmente, en el análisis tiene que romperse una especie de presunción de que nos encontramos ante un bien público que, por consiguiente, la operación económica que se está realizando se consolida en el cómputo del déficit público, tal como viene señalando Eurostat: «en las cuentas nacionales, los activos afectos a un contrato a largo plazo entre una unidad administrativa y una unidad de mercado solamente pueden considerarse activos no públicos si existe una fuerte evidencia de que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato»³¹.

En este sentido, el TRLCSP tiene muy presente esta doctrina de Eurostat y así, en su artículo 136 b), establece que es un contenido obligatorio del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado la determinación de las «condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones».

Como es fácil entender, este pacto en relación con el reparto de riesgos constituye un elemento básico del contrato para el cual se han arbitrado procedimientos específicos. Sin embargo, no podemos olvidar que, tal como dispone el artículo 215 del TRLCSP, esta modalidad contractual, al igual que las restantes, se ejecutará a riesgo y ventura de los contratistas, lo que supone que en principio no se puede proceder a una imputación de riesgos a la Administración superior a lo que resulta razonable. Si ocurriera, nos encontraríamos ante una alteración de la naturaleza del contrato, tal como ocurre con la relación entre la concesión de obra pública y el contrato de obra. Tal como ha señalado GÓMEZ-FERRER MORANT, aludiendo al problema del reparto de riesgos en la concesión de obras lo que es perfectamente extrapolable a este contrato, «lo importante es poner ahora de relieve que el concesionario asume el riesgo de financiación de la construcción y explotación de la obra a partir de las bases establecidas en el contrato. Y que el «mínimo» no deberá ser tan alto que excluya el riesgo, sino que habrá de ser el adecuado para que una empresa «eficiente» asuma el riesgo de financiar la

²⁹ Eurostat, «Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública» (2002), pág. 30.

³⁰ Eurostat, «Long Term ...», pág. 9.

³¹ Eurostat, «Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners», pág. 8.

construcción y explotación de la obra»³²; ya que si no fuera así nos podríamos encontrar con que «la verdadera naturaleza de este caso es la de un contrato de obra pública con un sistema de retribución por la Administración aplazado en el tiempo y calculado en función del uso de la infraestructura en forma similar al de la concesión», en el que el «coste va a cargo de la Administración y su abono en la forma expuesta es una obligación de la Administración»³³.

Por último, desde el punto de vista de la consolidación, también conviene deslindar asociaciones erróneas: hay pagos presupuestarios que no provocan la consolidación contable, debido a la partida del presupuesto de la que proceden –gastos corrientes, que es lo que hace que un arrendamiento no compute a efectos de déficit–. En ciertas ocasiones las actuaciones de una sociedad mercantil pública no computa a efectos de déficit público y en otras el apoyo público a una concesión de obra pública es de tal magnitud o naturaleza que tiene el efecto de que se consolide. Y obviamente, la consolidación o desconsolidación de una obra en el déficit público a efectos de la estabilidad presupuestaria nada tiene que ver con el pago de la obra: consolide o no esta en el déficit hay que pagarla, a través de los mecanismos presupuestarios o extrapresupuestarios que haya previsto la Administración en el momento de su planificación.

VI. LA TRANSFERENCIA DE RIESGOS AL CONTRATISTA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como aspecto central aparece la transferencia de riesgos fuera de la Administración, a la otra parte del contrato. Ciertamente, no es solo un problema del análisis del déficit público sino que afecta a la propia naturaleza de estas figuras de colaboración público-privada³⁴, ya que si no se procedie-

³² GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «El problema de la financiación de las obras públicas: las sucesivas modificaciones de la LCAP 13/1995, de 18 de mayo, con especial referencia a la financiación mediante concesión de dominio público», *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit., pág. 1.112.

³³ GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «El contrato de concesión...», op. cit., pág. 1.105. En un sentido similar, la Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, de 29 de abril de 2000, ha señalado que «para la comisión, estaremos en presencia de contratos públicos de obras en la acepción del Derecho comunitario cuando el coste de la obra vaya a cargo principalmente del órgano de contratación y el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios de la obra.

El hecho de que la Directiva permita que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio no altera este análisis. Se trata de una hipótesis que se da en la práctica. Puede ocurrir, por ejemplo, que el Estado asuma parcialmente el coste de explotación a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los "precios sociales"). Esta intervención puede revestir distintas modalidades (importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pero pagado en función del número de usuarios, etc.). Estas intervenciones no cambian necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre solo una parte del coste de la obra y de su explotación».

³⁴ Recordemos que, en relación con el debate entre la concesión de obra pública y el contrato de obra la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea 2000/C 101/02 «si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión. En este caso, la compatibilidad de la financiación adicional tendría que ser analizada a la luz del conjunto de disposiciones pertinentes de Derecho comunitario». Esta es una conclusión perfectamente extrapolable a las restantes fórmula de colaboración público-privada.

ra a la transferencia de riesgos a las entidades que colaboran con las Administraciones públicas para la realización de la infraestructura la naturaleza del contrato debería ser otra. De hecho, así lo ha afirmado Eurostat después de examinar la realidad que se está abriendo: «el análisis de los riesgos asumidos por las partes contractuales constituye el elemento fundamental a la hora de clasificar el activo afecto al contrato para asegurar la correcta contabilidad del impacto sobre el déficit público de este tipo de asociaciones»³⁵. Es, en definitiva, lo que permite diferenciar un contrato de obra simulado de otra figura jurídica.

En la actualidad se trata de un problema de notable importancia en la medida en que se está favoreciendo la cooperación pública y privada, hay mayor control sobre el cumplimiento de los criterios del déficit público y, en consecuencia, hay una necesidad suplementaria de desarrollar fórmulas imaginativas para la plasmación de proyectos que tendrían un acomodo fácil a través de los tres contratos típicos, especialmente el de obra pública. No obstante, este incentivo es cada vez mayor, sobre todo desde el momento en que el Consejo Europeo de diciembre de 2003, en su «Iniciativa Europea para el Crecimiento» lo consideraba un factor determinante para la construcción de las infraestructuras necesarias para consolidar el desarrollo económico de la Unión Europea. Posiblemente por ello, Eurostat ha emitido un capítulo complementario al Manual sobre el SEC 95, dedicado a los contratos público-privados y resulta de obligado análisis la decisión tomada el 11 de febrero de 2004³⁶. Todo ello en un contexto en el que los entes públicos han desarrollado ante cada operación soluciones cada vez más imaginativas y complejas que pretenden, por un lado, el mantenimiento bajo la tutela administrativa de la construcción de la obra y la prestación del servicio y un aumento y mejora en la prestación de los servicios pero, al mismo tiempo, eludir la consolidación de las deudas que se generen.

En este contexto, el análisis de las operaciones está girando sobre los riesgos económicos que surgen de ella para poder preceder a una adscripción que sea económicamente real. Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que en el sistema SEC 95 no resulta posible efectuar una división en dos contabilidades –la pública y la privada– de la operación, en función del volumen de riesgos que asuma cada una de las partes contratantes; lo que hace que, de forma global, una operación en su conjunto solo será posible clasificarla dentro o bien de las cuentas del ente público o bien en las de la unidad institucional de mercado. Y casi podría decirse que en este momento hay una presunción, razonable por otra parte, de que han de consolidarse en la contabilidad de la Administración pública. Bien puede afirmarse, en este sentido, que «la evolución que se observa en los criterios de Eurostat, que cada vez son más deta-

³⁵ Eurostat, «Long Term...», pág. 9.

³⁶ News Release 18/2004. De hecho, la adopción de la decisión es la consecuencia del desarrollo imaginativo de las fórmulas de asociación público-privada: «las colaboraciones público-privadas vienen desarrollándose desde hace bastantes años en el seno de la Unión Europea. Estas fórmulas de promoción de infraestructuras pueden adoptar diversas formas, incluyendo las tradicionales concesiones administrativas que normalmente no consolidan en el balance de la Administración. Recientemente, se han venido realizando nuevas e innovadoras fórmulas de colaboración en algunos países miembros, y se estima que esta tendencia continúe e incluso se acreciente como consecuencia de la necesidad de incrementar la eficiencia del gasto público y la calidad global de los servicios públicos. La Iniciativa de Crecimiento de la Unión Europea, aprobada por el Consejo Europeo de 2003, establece como uno de los objetivos prioritarios el recurso a estas innovadoras fórmulas de colaboración público-privada en la promoción de infraestructuras. Si bien la Oficina Estadística de la Comisión, Eurostat, no examina los motivos, la racionalidad y eficiencia de estas relaciones, tiene que proporcionar guías claras para su tratamiento en contabilidad nacional, para observar su impacto en los gastos generales del sector público. Más aún, una parte importante de la misión de Eurostat es asegurar la homogeneidad de las estadísticas gubernamentales en todos los Estados Miembros –incluidos los 10 Miembros que están en proceso de incorporación– de tal manera que el déficit y las estadísticas de deuda sean íntegramente comparables de acuerdo con el sistema SEC 95».

llados y acotan mejor el perfil de las entidades a incluir en el sector Administraciones públicas, pone de manifiesto la dificultad creciente de ensayar fórmulas creativas para soslayar los límites de déficit y endeudamiento impuestos por Maastricht»³⁷, aunque acaso no se deba ser todo lo optimista que quieren estos autores si se conoce un poco el funcionamiento diario de los entes públicos.

En efecto, en este punto, Eurostat viene aplicando un principio que parece que tiene asumido con claridad: «en las cuentas nacionales, los activos afectos a un contrato a largo plazo entre una unidad administrativa y una unidad de mercado solamente pueden considerarse activos no públicos si existe una fuerte evidencia de que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato»³⁸. En este sentido, los mecanismos de control por parte del ente público sobre el particular y, sobre todo, la previsión contractual de imposición de sanciones, que deben tener un cierto automatismo y surtir un efecto relevante sobre el resultado de la explotación –lo que impide las sanciones simbólicas– son datos que contribuyen a la idea de que se ha producido un traspaso real de los riesgos de la operación.

Más aún, la asunción de riesgos por parte del particular debería ser, si aplicáramos los principios del SEC 95 desde la más absoluta ortodoxia, total aunque Eurostat ha considerado que puede resultar normal que la Administración pueda asumir ciertos riesgos, como ocurre con los acontecimientos muy excepcionales o en el caso de aquellas actuaciones administrativas que modifiquen las condiciones del contrato. En todo caso, lo que se pretende evitar es que tras una apariencia de que es el contratista de la Administración el que asume las consecuencias sea el propio ente público el que contrae la mayor parte de las obligaciones.

Una determinación genérica de los riesgos inherentes al contrato resulta ciertamente complicada. Por ello, en aras de facilitar la comprobación de la realidad económica del contrato, se han dividido estos en riesgos de construcción, riesgos de disponibilidad o, alternativamente, los denominados riesgos de demanda, sobre cuya concreción me extenderé con posterioridad. No obstante, esta división juega como un elemento para el análisis ya que el principio básico del que se parte en Eurostat es que *para que un riesgo esté asumido por parte de una unidad institucional de mercado y por tanto la operación no se consolide en las cuentas de una Administración pública, la mayoría de los riesgos de construcción y de disponibilidad o de demanda han de recaer en el sujeto particular*. En caso contrario se registrará en el balance de la Administración, con un tratamiento similar al arrendamiento financiero, requiriendo el registro de gasto de capital y el consiguiente endeudamiento de la Administración pública.

Esta realidad se va a aplicar incluso en los casos en los que la asunción de riesgos no es directa. En efecto, en el caso en que la participación pública suponga que la Administración ostenta la condición de garante de una parte relevante del riesgo –aunque sea para obtener mejores costes de financiación en los mercados y mejor calificación de los riesgos–, en ese caso, la operación se deberá consolidar en su balance. Eurostat lo afirma de este modo: «En algunos casos, la garantía de una deuda puede hacer que la deuda del socio se clasifique como deuda pública, como ocurre cuando existen disposiciones legales por las cuales se transmita a la Administración la totalidad o parte del

³⁷ PINA, V. y TORRES, L.: *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, AECA, Madrid (2004), pág. 44.

³⁸ Eurostat, «Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners», pág. 8.

servicio de la deuda o en los supuestos en donde nos encontramos con la incapacidad evidente por parte del socio para atender a sus obligaciones de pago de la deuda»³⁹.

De igual manera, el destino final del inmueble es tenido en cuenta como elemento indirecto para determinar si hay o no una transferencia de riesgos al particular que colabora con la Administración, de tal manera que el coste de la infraestructura se consolidaría en las cuentas públicas siempre que la Administración se haga con el activo a la finalización del contrato y el precio determinado de antemano sea superior al valor del bien o pese a ser inferior los pagos realizados regularmente hayan alcanzado un valor similar al de este. Y obviamente nos encontramos ante una problemática muy particular en los supuestos en los cuales la Administración contrata con una sociedad de capital enteramente público creada por dicha Administración pública para el tipo de actividades como la que se pretenden realizar y que, por su especificidad, lo abordaremos cuando se desarrolle el capítulo relativo a la construcción a través de una sociedad mercantil pública.

Los únicos riesgos que no son tenidos en cuenta en el análisis son los que no están vinculados al activo que se va a construir y que se pueden separar del contrato principal, lo que condiciona, por ejemplo, las aportaciones públicas para la construcción de la obra y, de igual manera, las garantías públicas, tal como veremos con posterioridad en los capítulos sucesivos. Es por ello por lo que las operaciones de cooperación público-privada no suelen resultar sencillas y, asimismo, hay una voluntad de difuminar los riesgos fuera del ámbito público. En todo caso, en los capítulos siguientes aparecerán algunas cuestiones puntuales que no conviene señalar en este momento dado que quedarían difuminados por afectar a aspectos concretos de modalidades específicas.

En este momento conviene que se analicen las diversas modalidades de riesgo que ha configurado Eurostat, que han de ser estudiadas para un adecuado engarce en la contabilidad del ente público o del particular y que, como se ha señalado con anterioridad, son riesgos de construcción, riesgos de disponibilidad y riesgos de demanda.

Aunque pueda parecer que con ello nos introducimos en una perspectiva meramente contable, para determinar los efectos en contabilidad nacional de la construcción de una infraestructura, nos está llevando al análisis de cómo se aplica el principio de riesgo y ventura de la contratación pública, que el artículo 199 de la LCSP modula para una de las modalidades de colaboración público-privada: «La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado» (art. 199 LCSP).

VII. RIESGOS DE CONSTRUCCIÓN

La primera modalidad de riesgo que ha de ser analizada es la denominada «riesgo en la construcción». El riesgo de construcción, tal como ha sido definido por Eurostat, «cubre aspectos que afectan al estado inicial del acto. En la práctica cubre acontecimientos tales como retrasos en la entre-

³⁹ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 12.

ga, incumplimiento de criterios especificados, costes significativos, deficiencias técnicas y factores externos negativos –incluidos los riesgos ambientales–, que conllevan pagos indemnizatorios a terceros»⁴⁰. Obviamente esto se aplica tanto a los supuestos en los que las consecuencias económicas de los riesgos los asume el ente público como en aquellos otros en los que el contrato está planteado de tal manera que hay un sobrecoste para la Administración para hacer frente a estos gastos hipotéticos.

Para que estos riesgos no computen en la contabilidad de un ente público han de haber sido transferidos al colaborador de la Administración, cuestión para cuya comprobación se procede a una subdivisión de los riesgos que se producen en el momento de la construcción del bien por parte del particular. En todo caso, sí conviene afirmar que esta transferencia de los riesgos implica que la Administración ha de efectuar pagos en circunstancias muy concretas. En relación con esta modalidad de riesgos, como se ha afirmado, se ha de proceder a una transferencia real de los mismos al particular que colabora con la Administración de tal manera que los pagos que efectúe la Administración deben ser la consecuencia de un estado de los activos que lo requieran. Así, en condiciones normales un socio particular de la Administración no debería aceptar únicamente aquellos riesgos de construcción cuando las exigencias administrativas resulten inusuales, de tal manera que pueden afectar a la viabilidad comercial del producto o cuando a través del comportamiento del ente público se modifican las especificaciones durante el proceso constructivo o se alteran requisitos usuales.

Los riesgos del proceso de construcción y, por ende, el coste de asunción del proyecto debe ser asumido por el particular. De este modo, la realización de pagos anticipados por parte de la Administración, que no sea la consecuencia de la comprobación de la calidad de las obras solo podrán ser admitidos en el supuesto de que tengan reconocida de forma expresa la naturaleza de pagos a cuenta, de lo que se podría derivar, en su caso, un saldo positivo para la Administración en el momento de la liquidación definitiva. A una conclusión similar se llega cuando los pagos los efectúa la Administración para cubrir sistemáticamente cualesquiera costes adicionales, sea cual fuere su justificación, dado que esto evidencia que los riesgos reales de ejecución del proyecto no han sido asumidos por parte del particular, sino que siguen estando en manos de la Administración.

Los pagos no deben servir, asimismo, para el abono de cualesquiera costes adicionales que hayan surgido en el desarrollo del contrato, ya que esto evidenciaría una mala previsión por el socio privado y, paralelamente, una asunción de riesgos por parte de la Administración, por lo que han de ser abonados por el contratista de la Administración pública, nunca por esta. Eurostat afirma, en este sentido, de forma clara que «un punto importante es que la Administración no deberá estar obligada a efectuar ningún pago que se derive de un incumplimiento en la gestión de la construcción por parte del socio privado, bien como proveedor directo o únicamente como coordinador/supervisor»⁴¹. Esta doctrina, por ejemplo, es especialmente relevante a la hora de estudiar las posibilidades de apoyo administrativo a los concesionarios por aumentos de gastos de expropiación, supuesto que desde luego no resulta desconocido en nuestro país, ya que es una de las principales reivindicaciones en relación con las autopistas radiales de los alrededores de Madrid y que, por aplicación de la antedicha doctrina, el Estado no puede asumir.

⁴⁰ Eurostat, «Long Term...», pág. 9.

⁴¹ Eurostat, «Long Term...», pág. 15.

Por último, conviene recordar que sí resulta admitido en el sistema contable europeo que la Administración puede asumir aquellos riesgos que se deriven de acontecimientos exógenos imprevistos, que estén fuera de la cobertura normal que proporcionan las compañías de seguros para la construcción de las infraestructuras y que, obviamente, no debe confundirse con la idoneidad del «diseño» de los activos, ya que en este último supuesto nos encontramos ante un riesgo de construcción, derivado de la deficiente planificación del proyecto y tampoco ante problemas derivados de la falta de análisis previos ni de falta de previsión del contratista. Han de ser supuestos, en consecuencia, totalmente imprevisibles.

Estas reglas que se acaban de exponer sobre los riesgos de la construcción podrían ser matizadas por Eurostat siempre que se trate de proyectos para el desarrollo de productos novedosos en los que exista una desarrollo de una labor importante de investigación y desarrollo, o de innovación tecnológica, en los cuales la participación de los particulares resulta muchísimo más complicada precisamente por el incremento de riesgos. Frente a esta admisibilidad de ciertos pagos para el fomento de la investigación científico-técnica, los criterios resultan más rígidos en los casos en los que nos encontremos ante actividades más convencionales, que carecen del componente de investigación.

VIII. RIESGOS DE DISPONIBILIDAD DE LA INFRAESTRUCTURA

VIII.1. Desarrollo general de la transferencia de riesgos de disponibilidad

En segundo lugar, para determinar si se ha de operar la consolidación en la contabilidad de una Administración pública de una operación, se ha de proceder al análisis de los denominados «riesgos de disponibilidad». De acuerdo con lo señalado por Eurostat, este tipo de riesgo está constituido por los que «hacen referencia a aquellos casos en los que, durante la explotación del activo, se reclama la responsabilidad del socio porque a causa de una gestión deficiente, el volumen de servicios es inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface la convenida en el contrato»⁴².

Para determinar cómo se ha de computar este tipo de riesgos ha de recordarse que los pagos que en estas operaciones efectuaría la Administración serían pagos periódicos en contraprestación por la explotación de una obra o la prestación de un servicio o por ambos, pero que en todo caso han de ser reales⁴³. Precisamente por ello, como ha señalado Eurostat, han de afectar al activo principal y no a alguno de los contratos complementarios, que estén vinculados a él, pero que no lo tengan como su objeto principal⁴⁴, como ocurriría, por ejemplo, en un contrato para la construcción de un

⁴² Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 9.

⁴³ Con independencia de que con posterioridad se aluda a este problema con mayor detenimiento, pueden verse los Informes de la Junta Consultiva 61/03, de 12 de marzo de 2004, y 70/04, de 11 de marzo de 2005, en los cuales se hace referencia a problemas con la utilización de ciertas modalidades contractuales precisamente porque no había realmente un servicio ni había transferencia de riesgos al particular, sino que se trataba de contratos de obra disfrazados.

⁴⁴ Esto lo señaló Eurostat en su decisión de 11 de febrero de 2004 en donde hizo una concreción de los riesgos que podían ser incluidos entre los que se diferían al particular a efectos de que no computara la operación en la contabilidad pública. Allí, señaló que «no se deben considerar riesgos que no estén relacionados con el activo y que puedan ser completamen-

hospital pero que llevara anejos los servicios de lavandería, que obviamente nada tienen que ver con el inmueble y que de hecho suelen ser redefinidos en alguna de sus cláusulas varias veces durante el periodo de la vida del contrato sobre el inmueble.

Desde esta perspectiva, lo que exige Eurostat para que no se contabilice en la contabilidad del ente público que ha adjudicado el contrato es que el bien objeto del contrato esté disponible para el servicio que quiere prestar la Administración pública en cantidad suficiente y con la calidad adecuada para que el servicio esté adecuadamente prestado. Paralelamente, ante supuestos de incumplimiento por parte del contratista, lo que resulta exigible para la desconsolidación contable es que este responda como hace cualquier empresario privado ante este tipo de situaciones. O, planteada la cuestión desde el punto de vista de los abonos que hace el ente público al contratista, Eurostat ha indicado que «los pagos por la Administración dependerán del nivel efectivo de disponibilidad asegurado por el cliente privado durante un periodo de tiempo determinado»⁴⁵.

En todo caso, en el momento de la firma del contrato deben quedar pactadas las cantidades máximas que puede cobrar el contratista durante toda la vida de la colaboración público-privada y, lo que resulta más relevante, que estas cantidades no vienen a sufragar un déficit global del contrato en los casos en los que la explotación económica no resulte rentable. Esto impide, además, el que se pueda producir un aumento en los pagos que haya de realizar la Administración al contratista en el supuesto de que se produzca un aumento de los costes de explotación de la infraestructura construida o de sus servicios anejos, ya que, tal como señala Eurostat, esto sería transformar la relación jurídica, que pasaría a estar considerada como un arrendamiento financiero, con distinta valoración contable y, por consiguiente, consolidaría las deudas en el déficit público⁴⁶.

Obviamente, aquí cabe que en el contrato se estructuren diversas modalidades de pagos al contratista, fórmulas que han sido valoradas por Eurostat de forma flexible atendiendo a la realidad de cada uno de los contratos que se hayan firmado. De hecho, a título de ejemplo, se puede señalar que la aplicación de esta regla no eliminaría, en principio, la posibilidad de que las cantidades que paga la Administración pública al contratista estén divididas en dos partes, de tal manera que tengan una parte fija y otra que sea directamente dependiente de la calidad del servicio, sin que tenga la consideración de sanción. Obviamente lo que no puede suponer esta dualidad tarifaria es la desnaturalización del contrato, de tal manera que para que esta modalidad resulte admisible es preciso que los pagos hayan de ser realizados una vez que se haya producido la autorización para el inicio de las actividades, y siempre y cuando el permiso concedido por la Administración pública pueda ser revocado por falta de cumplimiento de la normativa, particularmente cuando se impone la cláusula de progreso o de adaptación tecnológica, con los problemas que ello puede provocar por incremento de los costes al prestador del servicio.

Uno de los elementos en los que más se incide por parte de Eurostat es el relativo al aumento en los costes de puesta a disposición de la Administración del inmueble objeto del contrato. Estas

te separados del contrato principal como es lo que ocurre cuando el contrato puede ser totalmente renegociado periódicamente y sujeto a deducciones que no dependen significativamente de los activos principales» –Publicada en el Eurostat, News Release 18/2004, pág. 2–.

⁴⁵ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 15.

⁴⁶ Eurostat, «Manual...», *op. cit.*, pág. 200.

cantidades deben ser, en principio, asumidas por el particular, de tal manera que se violaría el principio de la asunción de riesgos por este si fueran sufragadas por la Administración pública, ya que reflejan una mala planificación del coste de puesta en servicio, que ha de ser transferido al contratista y no restar en manos de la Administración. Conviene tener presente que esta solo podría hacer frente a un aumento de costes si es la consecuencia de actividades de la Administración en relación con el objeto del contrato, como sería, claramente, en el caso de ejercicio por parte de esta del *ius variandi*. En los restantes supuestos el incremento de costes lo ha de asumir en su integridad el contratista, para lograr el efecto de la desconsolidación.

Para una determinación adecuada de las circunstancias en las que aparece la responsabilidad por la disponibilidad, en el contrato han de aparecer concretados los niveles de prestación que tiene que realizar el particular y, al mismo tiempo, que la responsabilidad opere de un modo automático. Desde esta perspectiva, tienen que surtir «un efecto importante sobre sus ingresos/beneficios. Deben afectar en medida significativa al margen de explotación de la unidad e incluso podrían superarlo en ciertos casos, de tal manera que el socio sufriría una fuerte penalización financiera por su insuficiente o inadecuado rendimiento. Podrán adoptar asimismo la forma de renegociación automática del contrato e, incluso, en un caso extremo, de expulsión del socio original del contrato»⁴⁷. Incluso, como mecanismo de cierre ante posibles comportamientos torticeros por parte de la Administración, se podrían hacer estudios comparativos de los costes que se están facturando para servicios de similar naturaleza, a fin de probar que la exigencia de calidad resulta proporcionada a las características del servicio.

Frente a este automatismo, el análisis de las deducciones por mal funcionamiento de la prestación podría conducirnos a una situación que sí computaría a efectos de déficit: la mala concreción de los niveles de calidad. Esto es, en los supuestos en los cuales esté prevista una alta responsabilidad por parte del contratista pero en donde se haya producido, al mismo tiempo, una concreción laxa de los elementos que la hacen surgir, nos encontraríamos con que resulta indicativa de una deficiente traslación de los riesgos al particular, o, planteada la cuestión de forma inversa, nos demostraría que nos encontramos ante la asunción indirecta de los daños producidos por la Administración contratante y no por el contratista.

En este sentido, la cuantía de las sanciones es un elemento relevante a la hora de analizar cómo se ha producido la transferencia de riesgos. El criterio básico que utiliza Eurostat para dilucidar si la sanción es ficticia o por el contrario es real depende del coste de la prestación del servicio: «la reducción en los pagos por la Administración en una cuantía muy inferior a la que correspondería a la parte de servicios no prestados demostraría la existencia de una sanción marginal, lo que sería contrario a la filosofía básica de una transferencia significativa de riesgos al socio»⁴⁸. Obviamente no debe quedar recogido en el contrato un umbral de incumplimiento que resulte sin sanción para el contratista por cumplimiento deficiente del servicio, ya que este elemento operaría como un indicativo de que no se ha producido la necesaria transferencia significativa del riesgo al particular que colabora con la Administración.

⁴⁷ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 15.

⁴⁸ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, págs. 15-16.

Pero, al mismo tiempo, hay que establecer mecanismos adecuados de control por parte de la Administración, que han de estar suficientemente familiarizados con las prestaciones del contrato para que la imposición de este tipo de penalizaciones se pueda establecer de forma real.

Estos incumplimientos del contratista solo podrían quedar sin sanción por parte del ente público en aquellos supuestos en los que se producen elementos de carácter extraordinario que son determinantes de la falta de consecución. Así, Eurostat cita específicamente dos que resultan muy expresivos del tipo de circunstancia ante el que nos tenemos que encontrar para que se pueda no materializar la consolidación: «como puede ser un cambio importante de política o un caso de "fuerza mayor". Si bien, tales excepciones solo se aceptarían en condiciones muy limitadas que deben establecerse expresamente en el contrato»⁴⁹.

VIII.2. En particular, la estructuración de los pagos por disponibilidad

Tal como señala el artículo 11.4 de la LCSP, «la contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento». En condiciones normales, este pago va a estar vinculado a los referidos objetivos de rendimiento, en la medida en que la estructura de los contratos de colaboración exigen una determinación de los niveles de calidad de los servicios prestados por el contratista.

De hecho, en las operaciones de CPP, el modo usual de pago es el denominado pago por disponibilidad, que es el usual en los casos de contratos cuyo objeto son infraestructuras para su utilización para actividades administrativas. Esto es, se trataría de aquellos supuestos en los que se suscriben contratos «para la construcción y financiación de infraestructuras públicas que únicamente va a utilizar la Administración y no terceros usuarios, por lo que en principio no serían explotables económicamente, al menos, hacia el mercado. Estaríamos hablando de supuestos en donde no se admite la prestación del servicio por el concesionario sino por la Administración, tales como hospitales, prisiones, colegios, edificios de servicios administrativos, ...»⁵⁰.

Esto es, nos podemos encontrar tanto ante supuestos en los cuales hay una puesta a disposición de un edificio para la prestación de un servicio en condiciones adecuadas pero en los que el usuario final va a ser un particular –como ocurre, por ejemplo, con los hospitales⁵¹– o incluso a los propios

⁴⁹ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 15.

⁵⁰ HERRANZ EMBID, P.: «Régimen general de las obras públicas», dentro de la obra colectiva *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia (2005), págs. 756-757.

⁵¹ De hecho, esta fórmula de los pagos por disponibilidad es la que está utilizando la Comunidad de Madrid para la construcción de siete hospitales. En el Hospital Puerta de Hierro Majadahonda, adjudicado en el mes de julio de 2005, por ejemplo, en los pliegos de cláusulas administrativas hay una cantidad fija que no puede ser superior al 40 por 100 de la cantidad máxima anual ofertada, más una cantidad variable anual que será el resultante de la suma de tarifas anuales aplicadas a cada uno de los servicios en el caso de que se cumpla la totalidad de los estándares prefijados en el Pliego. Estos criterios se han de aplicar para un grado de utilización del 85 por 100, medida en camas ocupadas por paciente y día. La cantidad anual será la resultante de un polinomio que combina cantidad fija anual, cantidad variable anual, actualizaciones de acuerdo con el IPC, tasas por cada uno de los servicios ofertados, con las deducciones que se efectúan en función de la disponibilidad y calidad efectiva de los servicios proporcionados. Por último, las cantidades se abonan por meses vencidos y dividiendo la cantidad anual en doce mensualidades.

servicios administrativos, como ocurre con muchos supuestos de utilización de las fórmulas CPP para las sedes administrativas. En este sentido, lo que se transferiría al particular sería el denominado «riesgo por disponibilidad de la infraestructura», que, como sabemos, ha sido definido por Eurostat como aquel «que hace referencia a aquellos casos en los que, durante la explotación del activo, se reclama la responsabilidad del socio porque a causa de una gestión insuficiente ("mala gestión"), el volumen de los servicios es inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface la especificada en el contrato».

Ahora bien, no podemos olvidar que en estos supuestos el esquema contractual es especialmente complejo en la medida en que no nos encontramos ante un contrato del que únicamente forme parte la infraestructura sino que hay una serie de prestaciones complementarias –servicios y calidad de la disponibilidad–, que serían las que determinarían el riesgo económico para el contratista. En este sentido, en estas modalidades de concesión «el concesionario construye, financia y opera la infraestructura, encargándose la Administración competente básicamente de proveer los servicios asociados. La adjudicación de la concesión se realiza sobre la base de las propuestas de los licitantes que incluyen un proyecto de diseño realizado teniendo en cuenta especificaciones funcionales definidas por la Administración concedente. La fórmula de financiación utilizada es del tipo presupuestaria diferida, basada en un esquema de pagos por disponibilidad, por el cual se retribuye al concesionario en función de la calidad en la prestación del servicio de operación de la infraestructura según unos parámetros predefinidos en el contrato de concesión»⁵².

De este modo, la retribución que abonaría la Administración no sería fija sino que, por el contrario, dependería de la disponibilidad del inmueble y del cumplimiento de los parámetros de calidad que se hayan pactado entre concedente y concesionario. En este sentido, conviene tener presente que no solo se producen los pagos por la Administración en función de la utilización sino que en ocasiones también se utilizan criterios derivados de la evaluación de los estándares de calidad y servicio, que actúan como incentivos para un adecuado nivel de calidad y con penalizaciones para el concesionario en el caso de que la obra no se encuentre en las condiciones requeridas⁵³. Es lo usual en los casos en los que hay un servicio efectivo –hospitales, colegios...– pero que también se ha utilizado en ocasiones para mejora de autovías ya construidas. Como consecuencia de ello, la remuneración que recibe el concesionario no es fija, sino variable, en función de diversos criterios entre los que está la cantidad y, sobre todo, la calidad del servicio previsto⁵⁴. Por lo tanto, se trata de un sistema en el que el pago es efectuado por todos los contribuyentes, quienes asumen el coste final del proyecto, usen o no la infraestructura, si bien los pagos que se deberá realizar por la Administración se realizan de forma escalonada en el tiempo.

Precisamente por ello, el clausulado de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado ha de estar muy vinculado a la realidad de los denominados pagos por disponibili-

⁵² HERRANZ EMBID, P.: *Régimen general...*, op. cit., pág. 757.

⁵³ ACERETE GIL, J.B.: *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid (2004), pág. 87.

⁵⁴ Véase sobre esta modalidad de retribución los trabajos de ÁGUEDA MARTÍN, F.J.: «La financiación...» op. cit., el estudio de RUIZ OJEDA, A.: «Aplicaciones recientes en materia de financiación privada de infraestructuras en España: entre la financiación presupuestaria diferida y las fórmulas concesionales» en el libro colectivo *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, Coedición del Instituto de Estudios Económicos y la Editorial Civitas, Madrid (2000).

dad, debiendo recoger, asimismo, un desplazamiento suficiente del riesgo de la Administración al contratista; lo que se puede estructurar de la siguiente manera:

- i. De entrada, se puede recoger una cantidad fija que pague la Administración al concesionario, pero bajo ciertas condiciones. Se trata de cantidades que no se pueden empezar a pagar por parte del ente que ha otorgado la concesión con anterioridad a la entrega del inmueble a la Administración. De igual modo, estas cantidades fijas no pueden tener una magnitud que cubran todos los costes de construcción de la infraestructura. Si ocurriera de este modo, realmente no nos encontraríamos ante una concesión de obra pública por faltar el elemento del riesgo que ha de asumir el contratista de la Administración pública, ya que es esta la que cubre el riesgo total de la operación.
- ii. La segunda parte de lo que abonaría la Administración, la relativa a los ingresos variables dependientes de la calidad del servicio no deben ser la consecuencia solo de sanciones por el mal funcionamiento del servicio sino que deben estar estructurados sobre la cantidad y calidad del mismo, de tal manera que el riesgo económico de la concesión se materializaría si el servicio no alcanza toda la calidad requerida por la Administración, con lo que el riesgo económico aparecería aún si no hay, en sentido técnico, incumplimiento sino mero cumplimiento *discreto*, en la zona de los mínimos admisibles⁵⁵. En esta línea, ha de procederse a un examen continuo del funcionamiento del servicio para adecuar las cantidades que ha de abonar la Administración al concesionario.

En este sentido, debería existir una diferenciación clara entre lo que son sanciones por el mal funcionamiento del servicio y la determinación de las partidas por las que puede cobrar el concesionario, atendiendo a niveles de calidad, que obviamente deberían ser variables en función de las circunstancias y de los avances técnicos y sociales, por lo cual habrán de ser fijadas con la mayor nitidez posible. En todo caso, si hubiera penalidades, un mal funcionamiento del servicio debería suponer una reducción significativa de los pagos que realice la Administración concedente.

Se ha de proceder a la determinación de una cuantía máxima anual que percibiría el concesionario de la Administración solo en el caso de la mejor prestación del servicio tal como está recogida en la concesión. En este sentido, las rebajas en la retribución por servicios prestados con una calidad inferior deberían poder condicionar la rentabilidad económica de la explotación de la concesión. Precisamente porque la retribución depende de la calidad, deberían estar previstos expresamente controles por parte de la Administración⁵⁶. Si no estuvieran previstos o si no se hicieran sería un indicio de que el contrato de concesión de obra pública encubre, en su realidad económica, uno de obra cuyas cláusulas económicas sí se consolidarían en la contabilidad de la Administración contratante.

⁵⁵ Eurostat es clara sobre este punto cuando señala que «se supone que la Administración no lo soporta si está legitimada para reducir en medida importante sus pagos periódicos, como cualquier "cliente normal", caso de no satisfacerse ciertos criterios de rendimiento. Bajo estas condiciones, los pagos por la Administración dependerán del nivel efectivo de disponibilidad asegurado por el cliente privado durante un periodo de tiempo determinado».

⁵⁶ Eurostat lo recoge expresamente cuando indica que «Lo anterior sería de aplicación especialmente en el caso de que el socio no satisfaga los niveles de calidad requeridos debido a una falta de cumplimiento, con la resultante indisponibilidad del servicio, bajo nivel de la demanda efectiva por parte de usuarios finales o bajo nivel en la satisfacción del usuario. Dichos extremos vienen generalmente reflejados en indicadores de cumplimiento en el contrato».

IX. RIESGOS DE DEMANDA

La última modalidad de riesgo que ha de ser transferida por las Administraciones públicas al contratista y que ha de ser analizada, de acuerdo con la doctrina de Eurostat sobre la consolidación de infraestructuras, está constituida por los denominados riesgos de demanda. De acuerdo con lo que se ha señalado por la Oficina estadística europea, los riesgos de demanda serían aquellos que cubren «aquellas variaciones en la demanda (superior o inferior a la prevista en el momento de firmarse el contrato) que no dependen de la actuación del socio privado. En otras palabras, un desplazamiento de la demanda no puede estar vinculado a una calidad insuficiente de los servicios prestados por el socio, sino que resulta de otros factores como pueden ser el ciclo económico, nuevas tendencias del mercado, cambio en las preferencias de los usuarios finales u obsolescencia tecnológica. Forma parte del *riesgo económico* que habitualmente soportan las entidades privadas en una economía de mercado»⁵⁷.

De forma sintética, se puede señalar que la Administración contratante retiene el riesgo de demanda de una operación de construcción de infraestructuras cuando está obligada al pago de una determinada cantidad al particular con independencia de cuál sea la utilización efectiva del bien, con lo que la rentabilidad económica para el contratista está garantizada contractualmente, al resultar totalmente independiente de la demanda real del servicio. De este modo, estaría vetada por efecto del principio de estabilidad presupuestaria la denominada «garantía de beneficio empresarial» a que algunos hacen referencia, incluso está recogido en alguna norma española, y que se analizará con la concesión de obra pública.

En definitiva, lo que se pretende es que ante respuestas negativas de los consumidores con respecto a un determinado bien, el contratista debe adoptar soluciones empresariales para aumentar la aceptación del mismo sin recurrir a garantías de la Administración, que demostrarían que es el que ha retenido los riesgos que se pueden producir con la operación. En este sentido, la realización de todo tipo de actividades para impulsar el uso del bien, que van desde el elemento que resulta más común, la publicidad de la infraestructura, hasta otros más complejos como la diversificación del uso del bien —que, obviamente, ha de estar aceptada de forma previa en el contrato o, en su defecto, ser pactada con la Administración—, son indicativos de que el riesgo de la demanda es soportado por el particular y, por consiguiente, la inversión para la construcción de la infraestructura no se consolidará en las cuentas de la Administración pública.

Como es fácil de entender, este planteamiento de Eurostat hace que haya que ser especialmente cuidadoso en la formulación de algunas modalidades de concesión de obra pública en las que es la Administración concedente la que efectúa los pagos al contratista, como son las de peaje en la sombra o las de peajes mixtos o, incluso, en algunas modalidades de peaje en la sombra en donde no hay una cantidad fija, como se estructura el peaje por bandas. Y sin duda condiciona mucho la aplicabilidad de los mínimos de peaje que han de abonar las Administraciones, el sistema que ha sido típico en Chile, sobre todo si las cantidades cubren la amortización de la construcción de la infraestructura. Y, precisamente por esto también resultan problemáticas, desde el punto de vista de la esta-

⁵⁷ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 9.

bilidad presupuestaria, las aportaciones a la explotación de la obra que están recogidas en la normativa de la concesión de obra pública.

Incluso, de acuerdo con lo señalado por Eurostat, si se produjera una decisión administrativa que afectara directamente al volumen de la demanda de utilización del bien —el caso típico estaría constituido por la construcción de una infraestructura que haga competencia a la ya construida— y esto supone incluso que se ha de producir por parte del ente público un pago compensatorio al contratista, aquí no nos encontramos ante la consolidación contable en la Administración sino que se trataría de abonos de cantidad admitidos, precisamente por la imprevisibilidad del riesgo en el momento de producirse la primera construcción ⁵⁸.

Por último, de acuerdo con el esquema del SEC 95 también se podrían producir pagos al contratista en casos de acontecimientos externos de naturaleza excepcional, en casos de fuerza mayor, sin que se produzca la consolidación en las cuentas de la Administración pública de la que depende la obra construida. Estos supuestos se admitirán solo en condiciones muy restrictivas, en las que no hay coberturas de seguro a precio razonable, ya que en supuestos normales el contratista está obligado a suscribir una póliza de seguros para recuperarse de los daños padecidos en el bien. Lo que desde luego no es admisible es que sea la Administración pública la que actúe como seguro a todo riesgo de los daños que acontezcan al contratista.

X. UNA CUESTIÓN GENERAL: EL MOMENTO DEL CÁLCULO DE LA OPERACIÓN EN EL BALANCE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DEVENGO

En el último lugar de la explicación general del sistema SEC 95 corresponde examinar una cuestión de gran importancia, que es la referida al momento en que se va a producir el efecto, positivo o negativo, de la operación en el balance de la Administración pública. El momento en que se produzca la incorporación al balance debe reflejar de la mejor manera posible la realidad económica.

De acuerdo con lo señalado por Eurostat, «en el SEC 95 se establecen los momentos del registro de las diferentes operaciones. Como norma general, el sistema registra los flujos ateniéndose al principio del devengo, es decir, cuando se crea, transforma o extingue el valor económico, o cuando nacen, se transforman o se cancelan los derechos y las obligaciones» ⁵⁹. Este principio tiene una notable incidencia en los supuestos de operaciones en las cuales el pago por parte de la Administración no es seguro, como ocurre con los casos en que se otorgan préstamos, que en principio se han de devolver, o se avalan cantidades por parte del ente público. Debe tenerse en cuenta, en estos casos, que las operaciones de garantizar operaciones ajenas suponen, desde la perspectiva de la contabilidad pública, que la deuda se transfiere a la Administración, y qué tiene repercusiones sobre la capacidad de financiación de las Administraciones públicas.

⁵⁸ Eurostat, Decisión de 11 de febrero de 2004, News Release 18/2004, pág. 4.

⁵⁹ Eurostat, «Manual...», *op. cit.*, pág. 133.

XI. ANÁLISIS DEL EFECTO SOBRE EL DÉFICIT PÚBLICO

Pese a la importancia que tiene el problema del efecto sobre el déficit público de una determinada actuación pública, resulta paradójico que en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos no exista ninguna fase dedicada específicamente a este problema. Es una cuestión de envergadura tanto en las concesiones de obra pública como en las colaboraciones público-privadas –tanto en las contractuales como en las institucionales– ya que en ambas modalidades de contratación pública se producen apoyos públicos a la actuación de los socios privados que pueden terminar alterando la propia naturaleza del contrato y conduciendo a que no se ha producido una transferencia suficiente de riesgos al sector privado.

De hecho, uno de los contratos que, por su propia naturaleza, más problemas puede provocar desde la perspectiva de la solidez financiera de las Administraciones públicas es el de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como los de concesión de obra pública, recogidos en la LCSP. Posiblemente por ello, en la actual coyuntura económica se ha fomentado su verificación económica, tal como se recoge en el artículo 16 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que dispone lo siguiente:

«Artículo 16. *Contratos de colaboración público-privada y de concesión de obra pública.*

En el ámbito del Sector Público Estatal, antes de autorizar un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como un contrato de concesión de obra pública, tipificados en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, cuyo valor estimado exceda de doce millones de euros, será preceptivo y vinculante un informe del Ministerio de Economía y Hacienda que se pronuncie sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que conlleva, así como sobre su incidencia en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, según lo establecido en el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre.

A tal efecto, el órgano de contratación deberá proporcionar información completa acerca de los aspectos financieros y presupuestarios del contrato, incluyendo los mecanismos de captación de financiación y garantías que se prevea utilizar, durante toda la vigencia del mismo, así como, en su caso, el documento de evaluación previa a que se refiere el artículo 118 de la LCSP».

Sin duda es un paso adelante en una dirección adecuada, sobre todo teniendo en cuenta las consecuencias que tiene el incumplimiento de los criterios del déficit público para la ejecución de las políticas sociales. No obstante, es una medida que dista de ser completa en la medida en que debiera extender sus efectos a unos contratos de cuantía inferior –precisamente por el riesgo que hay de alterar el objeto–, y, sobre todo, extenderlo de forma obligatoria a todas las Administraciones públicas, cuyos niveles de déficit son de más entidad porcentual que los del sector público estatal, especialmente en la Administración local.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

SOTERO AMADOR FERNÁNDEZ

Profesor del CEF

BOICAC núm. 84, diciembre 2010. Consulta 10. Marco conceptual. NRV 5.^a, «Inmovilizado intangible». Derechos de pesca.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de los derechos de pesca adquiridos de forma onerosa a un tercero, por los que se obtiene el derecho a pescar en un determinado caladero durante un periodo de tiempo ilimitado.

Respuesta:

El Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, define el inmovilizado intangible como los activos no monetarios sin apariencia física susceptibles de valoración económica (cuarta parte, definición del subgrupo 20). Estos elementos deben ser reconocidos en balance, siempre y cuando cumplan los criterios establecidos en el Marco Conceptual de la Contabilidad (MCC) y en las normas de registro y valoración (NRV). En particular, en relación con el reconocimiento de un inmovilizado de naturaleza intangible, la NRV 5.^a, «Inmovilizado intangible» exige que además de cumplir la definición de activo y los criterios de registro o reconocimiento contable contenidos en el MCC, cumpla el criterio de identificabilidad, lo que implica cumplir alguno de los dos requisitos siguientes: «a) Sea separable, esto es, susceptible de ser separado de la empresa y vendido, cedido, entregado para su explotación, arrendado o intercambiado. b) Surja de derechos legales o contractuales, con independencia de que tales derechos sean transferibles o separables de la empresa o de otros derechos u obligaciones». Por su parte, los activos se definen en el MCC como «bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro». Los activos deben reconocerse en el balance, de acuerdo con lo señalado en el apartado 5.º del MCC «cuando sea probable la obtención a partir de los mismos de beneficios o rendimientos económicos en el futuro, y siempre que se puedan valorar con fiabilidad». De acuerdo con lo expuesto,

si los derechos de pesca a que se refiere la consulta cumplen la definición y requisitos anteriores, se registrarán como un inmovilizado intangible por su precio de adquisición. Con posterioridad, si el inmovilizado intangible tuviera una vida útil indefinida (es decir, si analizando todos los factores relevantes no existe un límite previsible del periodo en el que el inmovilizado genera entradas de flujos netos de efectivo para la empresa) no se amortizará, aunque deberá analizarse su eventual deterioro siempre que existan indicios del mismo y al menos anualmente. No obstante, la vida útil del inmovilizado se revisará en cada ejercicio para determinar si existen hechos y circunstancias que permitan seguir manteniendo una vida útil indefinida para ese activo. En caso contrario, se cambiará la vida útil de indefinida a definida, procediéndose según lo dispuesto en relación con los cambios en la estimación contable, salvo que se tratara de un error.

EJEMPLO:

La sociedad «GONZÁLEZ, SL», dedicada a la pesca de pequeña escala/artesanal, adquiere en el mes de julio de 20X11 los derechos de explotación de un caladero a un miembro de la comunidad local. Estos derechos se consideran esencialmente permanentes. El importe pagado ha sido de 100.000 euros.

El 31 de diciembre de 20X16 la empresa estima, ante la disminución de los recursos del caladero, que el precio de venta neto es de 80.000 euros y su valor en uso de 75.000 euros, datos que se mantienen al final del año 20X17.

Al inicio del año 20X18 entra en vigor una nueva normativa que reasigna los derechos de pesca de tal forma que solo podrán ser utilizados por personas físicas de tal forma que los derechos que tienen actualmente persona jurídicas se extinguen en cinco años.

Se pide:

Comentarios y contabilidad de las operaciones de «GONZÁLEZ, SL».

Solución

Por la adquisición de los derechos de pesca, que al cumplir requisitos de un inmovilizado intangible (cumple la definición de activo y el criterio de identificabilidad), se registrará como tal por su precio de adquisición según indica la valoración inicial de este tipo de activos en la NRV 5.^a del PGC, porque en el mes de julio del año 20X11 se hará:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
20-	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000	
572	Derechos de pesca		100.000

Al tratarse de un inmovilizado intangible con una vida útil indefinida no se amortizará, aunque deberá analizarse su eventual deterioro siempre que existan indicios del mismo

.../...

.../...

y al menos anualmente. La vida útil de un inmovilizado intangible que no esté siendo amortizado se revisará en cada ejercicio para determinar si existen hechos y circunstancias que permitan seguir manteniendo una vida útil indefinida para ese activo. En caso contrario, se cambiará la vida útil de indefinida a definida, procediéndose según lo dispuesto en relación con los cambios en la estimación contable.

Se producirá una pérdida por deterioro del valor de un elemento del inmovilizado material cuando su valor contable supere a su importe recuperable, entendido este como el mayor importe entre su valor razonable menos los costes de venta y su valor en uso, situación que se produce al final del año 20X16 ya que:

Conceptos	Importe
Valor contable	100.000
Importe recuperable	80.000
Valor razonable menos coste de venta 80.000	
Valor en uso 75.000	
Deterioro	20.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
690	Pérdidas por deterioro del inmovilizado intangible	20.000	
290	Deterioro de valor del inmovilizado intangible		20.000

Al inicio del año 20X18 se produce un cambio legislativo que cambiará la vida útil de indefinida a definida, procediéndose según lo dispuesto en relación con los cambios en la estimación contable, salvo que se tratara de un error.

El cambio de estimaciones contables se aplicará de forma prospectiva por lo que a partir de este momento se inicia el proceso de amortización durante los próximos cinco ejercicios en los que hará el siguiente asiento:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible	16.000	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible (80.000/5)		16.000

SOTERO AMADOR FERNÁNDEZ

Profesor del CEF

BOICAC núm. 84, diciembre 2010. Consulta 11. Reserva indisponible, artículo 273.4 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

SUMARIO:

Sobre el criterio que debe seguirse para dotar la reserva indisponible regulada en el artículo 273, apartado 4, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Respuesta:

La sociedad consultante, al cierre del ejercicio 2007, tenía reconocido en sus cuentas anuales un fondo de comercio que venía amortizando en siete años en aplicación del Plan General de Contabilidad (PGC) de 1990 con arreglo a un plan sistemático. La consulta versa sobre el importe a que debe ascender la dotación a la reserva indisponible que debe contabilizarse en los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2008 al amparo de lo dispuesto en el artículo 213, apartado 4, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA), de acuerdo con la redacción introducida por la Ley 16/2007, de 4 de julio, y que en la actualidad se encuentra regulada en el artículo 273, apartado 4, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. En particular se pregunta si dicho importe debe coincidir con la cuota que venía reconociéndose en los ejercicios anteriores, sobre la base de un plan de amortización en siete años o, por el contrario, si en aplicación del citado artículo dicha dotación debe ser, al menos, del 5 por 100 del importe del fondo de comercio que luce en el balance. En este segundo caso, se pregunta sobre los efectos del cambio de criterio desde la perspectiva del principio de uniformidad. El criterio de este Instituto sobre algunas cuestiones relacionadas con la constitución de la reserva indisponible regulada en el artículo 213.4 del TRLSA está incluido en la Consulta 3 publicada en su Boletín (BOICAC) n.º 73, de marzo de 2008. Considerando la identidad de razón entre los hechos descritos por el consultante, y los tratados en la citada consulta, cabe concluir lo siguiente: 1. El cálculo del importe mínimo por el que se debe dotar la reserva indisponible ha de realizarse en función del valor contable del fondo de comercio que aparece en el activo del balance, sin que quepa apelar a la antigua cuota de amortización que se venía practicando en aplicación del anterior PGC como importe mínimo obligatorio a constituir. Este importe, tal y como precisa el artículo 273.4 del TRLSC, al menos, deberá ser

del 5 por 100 del valor en libros del fondo de comercio. 2. La disposición transitoria cuarta del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, señala que: «(...) a los efectos de la aplicación del principio de uniformidad (...), las cuentas anuales correspondientes al ejercicio que se inicie a partir de la entrada en vigor del Plan General de Contabilidad, se considerarán cuentas anuales iniciales (...)». De lo que cabe inferir que la dotación de una reserva por un importe inferior a la cuota de amortización que venía practicando la empresa no constituye incumplimiento alguno del citado principio.

EJEMPLO:

La sociedad anónima «VITINSA» presenta en el balance del día 31 de diciembre de 2007 un fondo de comercio de 700.000 u.m. procedentes de la adquisición de otra empresa con fecha un 1 de enero de 2006. El fondo de comercio surgido en la combinación de negocios se amortiza en un periodo de siete años mediante un sistema lineal.

El 1 de enero de 2008 entra en vigor el nuevo PGC que considera el fondo de comercio como un activo intangible de vida indefinida, por lo que a partir de esa fecha no se amortiza, comprobándose al menos al cierre del ejercicio si existe deterioro de su valor.

Además, la legislación mercantil sobre sociedades (art. 273.4 del TRLSC) señala que:

«En cualquier caso, deberá dotarse una reserva indisponible equivalente al fondo de comercio que aparezca en el activo del balance, destinándose a tal efecto una cifra del beneficio que represente, al menos, un 5 por 100 del importe del citado fondo de comercio. Si no existiera beneficio, o este fuera insuficiente, se emplearán reservas de libre disposición».

Se pide:

Contabilizar la propuesta de distribución del resultado del año 2008 de la sociedad «VITINSA», sabiendo que los fondos propios al 31 de diciembre de 2008 son los siguientes:

Capital social	2.000.000
Reserva legal	300.000
Reservas estatutarias	300.000
Reservas voluntarias	400.000
Resultado del ejercicio	250.000

- Los estatutos sociales señalan que se dotará una reserva estatutaria por igual cuantía que la reserva legal.
- Se repartirá un dividendo del 3 por 100 sobre el capital social una vez cumplidos todos los requisitos legales.
- El resto, si lo hubiere, se destinará a reservas voluntarias.

.../...

.../...

Solución

La consulta indica que la reserva por fondo de comercio, a la que obliga a la legislación mercantil a través del artículo 273.4 del TRLSC, deberá dotarse por el 5 por 100 del importe del fondo de comercio computado en el activo en el momento del cambio de la normativa, sin que dicho importe tenga relación con la cuota de amortización que se venía practicando con base en la anterior normativa.

La consulta también se refiere a la no vulneración de la aplicación del principio de uniformidad, ya que la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, señala que a los efectos de la aplicación del principio de uniformidad las cuentas anuales correspondientes al ejercicio que se inicie a partir de la entrada en vigor el nuevo PGC se considerarán cuentas anuales iniciales.

El asiento relativo a la propuesta de distribución de beneficios es el siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	250.000	
112	Reserva legal ¹		25.000
1141	Reservas estatutarias ²		25.000
1143	Reserva por fondo de comercio ³		35.000
526	Dividendo activo a pagar ⁴		60.000
113	Reservas voluntarias ⁵		105.000

¹ El artículo 274.1 del TRLSC indica:

«En todo caso, una cifra igual al 10 por 100 del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el 20 por 100 del capital social.»

- 20% del capital social = $20\% \times 2.000.000 = 400.000$
- Reserva legal anterior = 300.000
- Dotación del ejercicio = $10\% \times 250.000 = 25.000$

² El enunciado del ejercicio indica que la dotación a las reservas estatutarias es similar a la legal.

³ La dotación a la reserva por fondo de comercio se hace por el 5 por 100 del fondo de comercio ($700.000 \times 5\% = 35.000$).

⁴ El importe de los dividendos, según señala el enunciado del ejercicio, es el 3 por 100 de la cifra de capital social ($2.000.000 \times 3\% = 60.000$).

⁵ La cuantía de reservas voluntarias es el resultado del ejercicio menos las aplicaciones de los apartados anteriores.

SEGUNDO EJERCICIO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO SUPERIOR DE INSPECTORES DE HACIENDA DEL ESTADO

SECOND EXAM OF THE SELECTIVE EXAMINATION FOR THE ADMISSION TO THE SUPERIOR BODY OF THE STATE INSPECTOR TAX

INMACULADA DE BENITO CÁMARA

JOSÉ TOVAR JIMÉNEZ

Profesores del CEF

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso, por los sistemas general de acceso libre y promoción interna, al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado, convocada por Resolución de 27 de junio de 2011 (BOE de 11 de julio)].

Sumario

- Caso 1.** Balance, existencias, subvenciones, fusión, arrendamiento operativo y determinación del resultado.
- Caso 2.** Composición del patrimonio neto, reparto de beneficios y ampliación y reducción de capital.
- Caso 3.** Reclasificación de activos financieros, deterioro de valor y operaciones entre empresas del grupo.
- Caso 4.** Liquidación del Impuesto sobre Sociedades y contabilidad de operaciones de IVA.
- Caso 5.** Matemáticas financieras.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

BALANCE, EXISTENCIAS, SUBVENCIONES, FUSIÓN, ARRENDAMIENTO OPERATIVO Y DETERMINACIÓN DEL RESULTADO

ENUNCIADO

La sociedad «UNFA, SA» se constituyó con un capital compuesto por 20.000 acciones ordinarias de 10 unidades monetarias (u.m.) de valor nominal cada una, que se emitieron a la par y se desembolsaron en su totalidad en la suscripción. Posteriormente solo ha realizado una ampliación de capital de la que se ofrece información más adelante.

En el balance que se ha elaborado antes del cierre del ejercicio (31-12-X10) figuran, entre otros, los siguientes elementos:

	Saldos deudores	Saldos acreedores
Reservas voluntarias		60.000,00
Devoluciones de ventas	5.000,00	
Reserva legal		40.000,00
Ventas de mercaderías		350.000,00
Inmovilizado material	319.000,00	
Deudores comerciales	160.000,00	
Gastos de personal	85.000,00	
Servicios exteriores	15.000,00	
Acreedores comerciales		12.000,00
Deudas a corto plazo		5.000,00
Provisiones a largo plazo		2.000,47
Gastos financieros	2.700,65	
Compras de mercaderías	98.600,00	
Amortizaciones	39.000,00	
Tesorería		

Información complementaria:

1. A finales de noviembre se han recibido en depósito existencias por 1.000 u.m., la empresa se ha comprometido a protegerlas de posibles daños y a devolverlas en dos meses.

Al inicio del ejercicio las existencias en el almacén estaban registradas en 4.000 u.m., no se han producido devoluciones de compras durante X10 y todas las rebajas obtenidas de los proveedores figuraban en las correspondientes facturas. Se vendieron 10.000 unidades y los clientes devolvieron 200 unidades por no ajustarse a las condiciones acordadas en el pedido. El consumo de mercaderías ha ascendido a 93.100 u.m.

2. Del gasto registrado por amortización del inmovilizado 1.000 u.m. corresponden a un inmovilizado material que fue adquirido en 20.000 u.m. a mediados del ejercicio X9; la empresa ha pagado la deuda pendiente (10.000 u.m.) con la subvención que este año ha concedido la comunidad autónoma.
3. Al final de X9 quedó inscrita en el Registro Mercantil la fusión de «UNFA, SA» con «CHM, SA» que fue la sociedad que se disolvió y cuyos accionistas aprobaron la fusión forzados por la situación económica de su empresa.

La sociedad absorbente emitió 5.000 acciones nuevas de 10 u.m. de valor nominal, al 140 por 100, y los gastos de emisión supusieron el 1 por 100 del nominal emitido.

En la fecha de la adquisición el patrimonio neto de «CHM, SA» estaba compuesto por capital (10.000 u.m.) y reservas (55.000 u.m.). Los valores razonables de los activos y pasivos de «CHM, SA» coincidían con los contables a excepción de una marca generada internamente por la sociedad cuyo valor razonable se fijó en 25.000 u.m. y que fue reconocida por «UNFA, SA».

4. El 1 de abril de X9 prestó a «JMB» 30.000 u.m. a un tipo de interés nominal del 5 por 100 anual. El principal se amortiza en tres cuotas iguales que se abonarán junto con los intereses devengados el 1 de abril de los tres años siguientes.

Al cierre del ejercicio X9 «UNFA, SA» tuvo indicios claros de la alta probabilidad de no recuperar todo el capital prestado y estimó una pérdida del 40 por 100. En abril de X10 «JMB» pagó 8.000 u.m.

5. Están pendientes de registro las siguientes operaciones correspondientes al ejercicio X10:

- a) El 31 de diciembre ha formalizado un contrato de arrendamiento de un local por un periodo de tres años. Se cobrarán cuotas mensuales de 1.000 u.m. cada una. En la firma del contrato «UNFA, SA» ha cobrado 2.000 u.m. en concepto de fianza; este mismo importe se reintegrará al arrendatario al finalizar el periodo de alquiler.
- b) «JMB» confirma que, por el momento, solo podrá hacer frente al 80 por 100 de las cuotas de amortización, lo que hará en las fechas acordadas inicialmente.

SE PIDE:

1. Completar el balance que se ha elaborado antes del cierre del ejercicio en la hoja que se adjunta, sabiendo que «UNFA, SA» aplica un interés del 5 por 100 anual para sus cálculos

financieros y que el saldo de tesorería se calcula por diferencia entre la suma de los saldos deudores y acreedores.

2. Registrar las operaciones descritas en el apartado 5.
3. Determinar el resultado del ejercicio X10.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

1. COMPLETAR EL BALANCE

Capital de constitución: $20.000 \times 10 = 200.000$ u.m.

BALANCE DE SALDOS DE 31-12-X10

Cuenta	Saldos deudores	Saldos acreedores
Reservas voluntarias		60.000,00
Devoluciones de ventas	5.000,00	
Reserva legal		40.000,00
Ventas de mercaderías		350.000,00
Inmovilizado material	319.000,00	
Deudores comerciales	160.000,00	
Gastos de personal	85.000,00	
Servicios exteriores	15.000,00	
Acreedores comerciales		12.000,00
Deudas a corto plazo		5.000,00
Provisiones a largo plazo		2.000,47
Gastos financieros	2.700,65	
Compras de mercadería	98.600,00	
Amortizaciones	39.000,00	
Mercaderías (1)	9.500,00	
Variación de existencias de mercaderías (1)		5.500,00
Ingresos de subvenciones oficiales de capital (2)		10.000,00
Transferencia de subvenciones oficiales de capital (2)	512,82	
		.../...

Cuenta	Saldos deudores	Saldos acreedores
.../...		
Subvenciones de capital transferidas al resultado del ejercicio (2)		512,82
Capital social (3)		250.000,00
Prima de emisión de acciones (3)		20.000,00
Inmovilizado intangible (marca) (3)	5.000,00	
Amortización acumulada inmovilizado (3)		39.500,00
Créditos a largo plazo (4)	10.000,00	
Deterioro de valor de créditos a largo plazo (4)		4.000,00
Créditos a corto plazo (4)	10.000,00	
Intereses a corto plazo de créditos (4)	745,41	
Deterioro de valor de créditos a corto plazo (4)		4.000,00
Ingresos de créditos (4)		1.127,30
Reversión deterioro de valor de créditos a corto plazo (4)		2.000,00
Tesorería (5)	45.581,71	
Suma	805.640,59	805.640,59

Análisis de la información complementaria

1. A) Existencias recibidas en depósito.

No procede efectuar asiento alguno por las mercaderías recibidas en depósito por no existir ningún acuerdo de compraventa entre las partes, ni de uso o disposición, por lo que no se va a producir ni transferencia de la propiedad ni de los riesgos y beneficios económicos derivados de la misma.

Si la empresa estimara que mientras están las mercaderías en su poder se pueden producir daños en las mismas que puedan ocasionar el tener que desprenderse de recursos y el coste a incurrir pudiera valorarse con fiabilidad, debería dotar una provisión, siempre y cuando fuera bastante probable que la mencionada situación llegara a producirse.

Si se estimara bastante poco probable el tener que desprenderse de recursos o bien la valoración no pudiera realizarse de forma fiable, no se contabilizaría una provisión, tratándose como una contingencia de la que se informaría en la memoria.

Por último, si se estimara remota la posibilidad de tener que desprenderse de recursos, no se contabilizaría provisión alguna ni se informaría en la memoria.

B) Determinación de las existencias finales de mercaderías.

Al incorporarse las rebajas obtenidas de los proveedores en las correspondientes facturas, se habrán contabilizado como menor precio de adquisición, de acuerdo con lo establecido por la norma de registro y valoración (en adelante, NRV) 10.^a 1.1 del Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC):

«El precio de adquisición incluye el importe facturado por el vendedor después de deducir cualquier descuento o rebaja en el precio».

En la relación de cuentas incluidas en el balance incorporado en el enunciado figuran las cuentas relativas tanto a las compras de mercaderías, como a las ventas y devoluciones de ventas:

(600) Compras de mercaderías	98.600,00
(700) Ventas de mercaderías	350.000,00 (10.000 unidades)
(708) Devoluciones de ventas	5.000,00 (200 unidades)

Consumo de mercaderías =

Existencias iniciales + Compras netas – Existencias finales

93.100,00 = 4.000,00 + 98.600,00 – Existencias finales

Existencias finales = 9.500,00

Se va a considerar en la solución que ya se han regularizado las existencias de mercaderías, por lo que se habrá de incluir en el balance tanto las existencias finales como la variación de existencias. Otra posibilidad consistiría en incorporar al balance las existencias iniciales lo que implicaría que quedaría por realizar la regularización de existencias.

Cuentas a incorporar al balance:

(300) Mercaderías	9.500,00
(610) Variación de existencias de mercaderías	5.500,00 Saldo acreedor (9.500,00 – 4.000,00)

2. Si la cuota de amortización del inmovilizado (adquirido en 20.000,00 u.m. a mediados del ejercicio anterior) correspondiente al año X10 asciende a 1.000,00 u.m., como el mencionado inmovilizado fue adquirido a mediados del ejercicio X9, se puede deducir (suponiendo un sistema lineal de amortización) que la cuota correspondiente a este último año ascendió a 500,00 u.m. La vida útil pendiente a partir de X9 será, por lo tanto, de 19,5 años.

En consecuencia, el valor contable del inmovilizado al inicio de X10 era de 19.500,00 u.m., importe superior a la subvención concedida en este ejercicio por la comunidad autónoma (la cual además se entiende cobrada, puesto que con su importe se ha cancelado la deuda con el proveedor del inmovilizado).

Al no conocerse la fecha de su concesión, se va a considerar concedida al inicio del año X10.

El importe de la subvención (10.000,00 u.m.) era inferior al valor contable del bien subvencionado en el momento de su concesión, por lo que la mencionada subvención se habrá de imputar a resultados en el tiempo que le resta de vida útil al bien, en concreto nueve años y medio, de acuerdo con lo establecido por la Consulta número 11 del BOICAC 75/Septiembre 2008, la cual establece:

«2. Si la subvención financia parte de un activo, y en el momento de registro de la subvención como ingreso de patrimonio neto, el valor contable del activo fuese superior al importe concedido, se aplicará el criterio general de imputar en la cuenta de pérdidas y ganancias la citada subvención, donación o legado, en proporción a la dotación a la amortización efectuada en ese periodo para el activo financiado, desde el momento del registro, es decir, prospectivamente. En este caso no procederá hacer imputaciones en función de la amortización de años previos, en tanto la subvención, donación o legado se ha debido registrar como un ingreso en un momento posterior de acuerdo con los criterios contables (en consecuencia, no se trata de un error ni de un cambio de criterio contable) y admite ser correlacionada con la imputación a la cuenta de pérdidas y ganancias del valor contable del activo a partir del momento en que, de acuerdo con la norma de registro y valoración 18.^a del Plan General de Contabilidad, procede su registro como ingreso de patrimonio neto».

Al figurar ya contabilizada en el balance transcrito por el enunciado la amortización del inmovilizado, se va a considerar que de la misma manera ya se ha transferido a resultados la subvención correspondiente, quedando pendiente la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9, al igual que lo está la de los grupos 6 y 7.

Cuentas a incorporar al balance:

(940) Ingresos de subvenciones oficiales de capital.....	10.000,00
(840) Transferencia de subvenciones oficiales de capital	512,82
(10.000,00/19,5)	
(746) Subvenciones de capital transferidas al resultado del ejercicio	512,82

3. En la fusión realizada al final del año X9 se emitieron 5.000 acciones nuevas de nominal 10 u.m. cada una al 140 por 100, ascendiendo en consecuencia el valor de los instrumentos de patrimonio emitidos a: 70.000,00 u.m. ($5.000 \times 10 \times 140\%$), correspondiendo 50.000,00 u.m. (5.000×10) a capital social y 20.000,00 u.m. ($5.000 \times 10 \times 40\%$) a prima de emisión de acciones.

Cuentas a incorporar al balance:

(100) Capital social 250.000,00

- Capital de constitución 200.000,00
- Capital ampliación 50.000,00

(110) Prima de emisión de acciones 20.000,00

Análisis de la fusión realizada al final del ejercicio X9:

Fecha de adquisición: finales del año X9.

Empresa adquirente y absorbente: «UNFA, SA».

Empresa adquirida y absorbida: «CHM, SA».

En el proceso de fusión, a la sociedad «CHM, SA» se le ha reconocido una marca generada internamente que la sociedad no tenía contabilizada, de acuerdo con lo establecido en la NRV 6.^a apartado 1 «Reconocimiento»:

«Para el reconocimiento inicial de un inmovilizado de naturaleza intangible, es preciso que, además de cumplir la definición de activo y los criterios de registro o reconocimiento contable contenidos en el Marco Conceptual de la Contabilidad, cumpla el criterio de identificabilidad.

En ningún caso se reconocerán como inmovilizados intangibles, las marcas que se hayan generado internamente por la propia empresa.»

En consecuencia, la empresa «CHM, SA» no tenía registrada contablemente la marca, que sin embargo sí constituye un inmovilizado intangible identificado en la combinación de negocios, ya que como figura en el enunciado fue reconocida por «UNFA, SA» por lo que se va a considerar para el cálculo inicial de la diferencia negativa de combinación, entendiendo que cumple la definición de activo de marco conceptual y el criterio de identificabilidad, según se establece en la NRV 19.^a 2.4 «Reconocimiento y valoración de los activos adquiridos y los pasivos asumidos»:

«En la fecha de adquisición (finales del año X9), los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos se reconocerán y valorarán aplicando los siguientes criterios:

a) Criterios de reconocimiento.

1. Los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos deben cumplir la definición de activo y pasivo incluida en el Marco Conceptual de la Contabilidad, y ser parte de lo que la adquirente ("UNFA, SA") y adquirida ("CHM, S A") intercambian en la combina-

ción de negocios, con independencia de que algunos de estos activos y pasivos no hubiesen sido previamente reconocidos en las cuentas anuales de la empresa adquirida ("CHM, SA"), por no cumplir los criterios de reconocimiento en dichas cuentas anuales.»

b) Criterio de valoración.

La adquirente valorará los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos a sus valores razonables en la fecha de adquisición, siempre que dichos valores puedan determinarse con suficiente fiabilidad.»

Una vez identificados y valorados, de forma fiable, los activos y pasivos procedemos a determinar, bien el fondo de comercio, bien la diferencia negativa surgida en la fusión.

Patrimonio contable de «CHM, SA»: - Capital social: 10.000,00 - Reservas: 55.000,00	65.000,00
Valor contable activos y pasivos registrados contablemente por «CHM, SA»	65.000,00
Valor razonable activos y pasivos registrados contablemente por «CHM, SA» + Valor razonable de la marca no registrada contablemente	65.000,00 25.000,00
Valor razonable activos identificados adquiridos y pasivos asumidos	90.000,00
Coste de la combinación de negocios = Valor de los instrumentos de patrimonio entregados	70.000,00
Diferencia negativa de combinación	20.000,00

Como se deduce del análisis anterior, al ser superior el valor de los activos identificados adquiridos menos los pasivos asumidos, al coste de la combinación de negocios, surge una diferencia negativa de combinación que se contabilizará como un ingreso en la cuenta (774) «Diferencia negativa en combinaciones de negocios», según establece la NRV 19.^a 2.5 «Determinación del fondo de comercio o de la diferencia negativa»:

«En el supuesto excepcional de que el valor de los activos identificables adquiridos menos el de los pasivos asumidos fuese superior al coste de la combinación de negocios, el exceso se contabilizará en la cuenta de pérdidas y ganancias como un ingreso.

No obstante, antes de reconocer el citado ingreso la empresa evaluará nuevamente si ha identificado y valorado correctamente tanto los activos identificables adquiridos y pasivos asumidos, como el coste de la combinación. Si en el proceso de identificación y valoración surgen activos de carácter contingente o elementos del inmovilizado intangible para los que no existe un mercado activo, no serán objeto de reconocimiento con el límite de la diferencia negativa inicialmente calculada».

Al surgir una diferencia negativa, cabe preguntarse si la valoración de los activos y pasivos, así como el coste de la combinación se ha realizado correctamente, como así se va a considerar, ya que del enunciado no se desprende otra cosa.

Ahora bien, en la valoración de los activos se ha considerado un inmovilizado intangible para el que no se sabe si existe un mercado activo, pues el enunciado no dice nada al respecto, ya que en caso de no existir no procedería contabilizar el ingreso hasta el límite del importe por el que se ha valorado el mencionado activo.

En este mismo sentido, la NRV 19.^a 2.4 «Reconocimiento y valoración de los activos adquiridos y los pasivos asumidos», establece:

c) «Excepciones a los criterios de reconocimiento y valoración.

No obstante lo anterior, en el reconocimiento y valoración de los activos identificables adquiridos y pasivos asumidos que a continuación se relacionan se seguirán las siguientes reglas: (...)

4. En el caso de que en el registro de un inmovilizado intangible identificado cuya valoración, que no puede ser calculada por referencia a un mercado activo, implicara la contabilización de un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2.5 de la presente norma, dicho activo se valorará deduciendo la diferencia negativa, inicialmente calculada, del importe de su valor razonable. Si el importe de dicha diferencia negativa fuera superior al valor total del inmovilizado intangible, dicho activo no deberá ser registrado».

En la solución se ha optado por considerar que no existe un mercado activo para el inmovilizado intangible.

Inmovilizado intangible 25.000,00

Diferencia negativa de combinación 20.000,00

En consecuencia, no se debió registrar en el ejercicio X9 el ingreso por diferencia negativa de combinación, y sí se debió contabilizar el inmovilizado intangible por 5.000,00 u.m.

La otra opción habría consistido en contabilizar en el año X9 el ingreso correspondiente a la diferencia negativa por 20.000,00 u.m., y el inmovilizado intangible por 25.000,00 u.m.

En todo caso, creemos que el enunciado debería ser más concreto.

En cuanto a la composición del resto de los activos adquiridos y pasivos asumidos, al no tener información sobre los mismos, no se procede a incluirlos en el balance.

En relación con los gastos de emisión, por importe de 500,00 u.m. ($1\% \times 5.000 \times 10$), se contabilizarían a finales de X9 como menores reservas voluntarias, cuyo saldo a 31-12-X10 se facilita en el enunciado.

Comentar por último, que la única referencia que se realiza en el enunciado en relación con las amortizaciones es la correspondiente a este punto, por lo que, a falta de otra información, se va a

incluir en el balance la cuenta (28-) «Amortización acumulada inmovilizado» por importe de 39.500,00 u.m., correspondientes, 39.000 u.m. al ejercicio actual y 500,00 u.m. al ejercicio anterior.

4. De las condiciones del préstamo concedido a la empresa «JMB» se deducen los siguientes importes a pagar:

Periodo	Capital vivo	Intereses	Capital a amortizar	Anualidad
1	30.000,00	1.500,00	10.000,00	11.500,00
2	20.000,00	1.000,00	10.000,00	11.000,00
3	10.000,00	500,00	10.000,00	10.500,00

Tipo de interés efectivo en el momento inicial: 5 por 100, coincidente con el interés contractual.

A 31 de diciembre de X9, los saldos que presentaban las cuentas relativas al préstamo eran:

(252) Créditos a largo plazo.....	20.000,00
(542) Créditos a corto plazo	10.000,00
(547) Intereses a corto plazo de créditos	1.118,11
{30.000 × [(1,05) ^{9/12} – 1]}	
Valor en libros del crédito	31.118,11

De acuerdo con la NRV 9.^a 2.1.3 «Deterioro de valor»:

«Al menos al cierre del ejercicio, deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias siempre que exista evidencia objetiva de que el valor de un crédito, o de un grupo de créditos con similares características de riesgo valorados colectivamente, se ha deteriorado como resultado de uno o más eventos que hayan ocurrido después de su reconocimiento inicial y que ocasionen una reducción o retraso en los flujos de efectivo estimados futuros, que pueden venir motivados por la insolvencia del deudor.

La pérdida por deterioro del valor de estos activos financieros será la diferencia entre su valor en libros y el valor actual de los flujos de efectivo futuros que se estima van a generar, descontados al tipo de interés efectivo calculado en el momento de su reconocimiento inicial. Para los activos financieros a tipo de interés variable, se empleará el tipo de interés efectivo que corresponda a la fecha de cierre de las cuentas anuales de acuerdo con las condiciones contractuales. En el cálculo de las pérdidas por deterioro de un grupo de activos financieros se podrán utilizar modelos basados en fórmulas o métodos estadísticos.

Las correcciones valorativas por deterioro, así como su reversión cuando el importe de dicha pérdida disminuyese por causas relacionadas con un evento posterior, se reconocerán como un gasto o un ingreso, respectivamente, en la cuenta de pérdidas y ganancias. La reversión del deterioro tendrá

como límite el valor en libros del crédito que estaría reconocido en la fecha de reversión si no se hubiese registrado el deterioro del valor.»

De lo anterior se deduce que la empresa tuvo que dotar a 31-12-X9 una pérdida por deterioro por estimar que se produciría una reducción en los flujos de efectivo estimados futuros.

A este respecto el enunciado debería ser más claro ya que se plantean dudas en cuanto a dos cuestiones:

- La primera, en relación con los intereses, ya que se menciona que se tienen indicios claros de la alta probabilidad de no recuperar todo el capital prestado (30.000 u.m.) pero no se indica nada en relación con los intereses.
- La segunda, en relación a si el 40 por 100 constituye la pérdida a contabilizar a 31-12-X9 (lo que implicaría suponer que la diferencia entre el importe que se estima cobrar al vencimiento y el valor contable asciende justamente al mencionado 40%), o por el contrario, se estima que no se cobrará al vencimiento el 40 por 100 de lo adeudado, en cuyo caso habría que actualizar dicho importe para determinar el deterioro.

A efectos de la solución, se va a considerar que la pérdida a contabilizar a 31-12-X9 ascendió al 40 por 100 del principal del préstamo:

Valor total del crédito	31.118,11
Pérdida ($40\% \times 30.000,00$)	12.000,00
Valor en libros	19.118,11

En la siguiente tabla se presentan los créditos según su vencimiento, a 31-12-X9:

Concepto	Créditos	Deterioro
Créditos a corto plazo	10.000,00	
Intereses a corto plazo de créditos	1.118,11	
	11.118,11	4.000,00
Créditos a largo plazo	20.000,00	8.000,00
Valor contable	31.118,11	12.000,00

A 01-01-X10, los saldos que presentaban las cuentas relativas al préstamo eran:

(252) Créditos a largo plazo	20.000,00
(298) Deterioro de valor de créditos a largo plazo	(8.000,00)
Valor contable vtos largo plazo a 01-01-X10	12.000,00
.../...	

.../...	
(542) Créditos a corto plazo	10.000,00
(547) Intereses a corto plazo de créditos	1.118,11
(598) Deterioro de valor de créditos a corto plazo	(4.000,00)
Valor contable vtos corto plazo a 01-01-X10	7.118,11
Valor contable total a 01-01-X10	19.118,11

A 01-04-X10, fecha del primer vencimiento, se habrán contabilizado, en primer lugar, los intereses devengados por importe de: $30.000,00 \times (1 + 0,05) - 31.118,11 = 381,89$, registrándose un ingreso en la cuenta (762) «Ingresos de créditos».

En relación con el importe cobrado a esta fecha, 8.000,00 u.m., surge al igual que en fechas anteriores una duda: si se refiere únicamente al principal al que habría que añadir los intereses o, por el contrario, es el importe cobrado por todos los conceptos.

Se va a considerar que se refiere únicamente al principal, al que se le van a añadir 1.500,00 u.m. ($0,05 \times 30.000,00$) en concepto de intereses.

Igualmente se habrá procedido a reclasificar a corto plazo, 10.000,00 u.m. de principal, y su correspondiente deterioro por importe de 4.000,00 u.m.

Al registrarse el cobro, por un importe total de 9.500,00 ($8.000,00 + 1.500,00$), se habrá contabilizado un ingreso por reversión del deterioro, en la cuenta (799) «Reversión del deterioro de créditos a corto plazo», por la diferencia entre el valor contable del crédito 7.500,00 ($7.118,11 + 381,89$) y el importe cobrado, 9.500,00 u.m.

Para ilustrar mejor la operación, se incluyen los asientos correspondientes, pero teniendo en cuenta que, a la fecha del balance solicitado, estos asientos ya se han realizado, no procediendo en consecuencia su inclusión en la solución:

Código	Intereses devengados	Debe	Haber
547	Intereses a corto plazo de créditos	381,89	
762	Ingresos de créditos		381,89

Código	Cobro primer vencimiento	Debe	Haber
57-	Tesorería	9.500,00	
598	Deterioro de valor de créditos a corto plazo	4.000,00	
542	Créditos a corto plazo		10.000,00
547	Intereses a corto plazo de créditos		1.500,00
799	Reversión del deterioro de créditos a corto plazo		2.000,00

Código	Reclasificación del crédito	Debe	Haber
542	Créditos a corto plazo	10.000,00	
252	Créditos a largo plazo		10.000,00

Código	Reclasificación del deterioro	Debe	Haber
298	Deterioro de valor de créditos a largo plazo	4.000,00	
598	Deterioro de valor de créditos a corto plazo		4.000,00

A 31 de diciembre se habrán contabilizado los intereses devengados: $20.000,00 \times [(1,05)^{9/12} - 1]$, por importe de 745,41, los cuales se habrán registrado en la cuenta «(762) Ingresos de créditos», cargándose en la cuenta (547) «Intereses a corto plazo de créditos».

El deterioro se analizará en el punto 5 del enunciado, en el que expresamente se pide contabilizar lo que proceda una vez confirmado por «JMB» que solo podrá hacer frente al 80 por 100 de las cuotas de amortización.

Cuentas a incorporar al balance:

(252) Créditos a largo plazo	10.000,00
(298) Deterioro de valor de créditos a largo plazo	(4.000,00)
(542) Créditos a corto plazo	10.000,00
(547) Intereses a corto plazo de créditos	745,41
(598) Deterioro de valor de créditos a corto plazo	(4.000,00)
(762) Ingresos de créditos (381,89 + 745,41)	1.127,30
(799) Reversión del deterioro de créditos a corto plazo	2.000,00

Por diferencia entre la suma de saldos acreedores y saldos deudores se obtiene el saldo de Tesorería, según se indica en el punto primero del se pide.

(57-) Tesorería: 45.581,71

2. CONTABILIZACIÓN OPERACIONES DESCRITAS EN EL APARTADO 5

a) Arrendamiento operativo

Del enunciado parece deducirse que no se ha cobrado el importe de la primera cuota, puesto que dice «se cobrarán», mientras que para referirse a la fianza recibida dice «"UNFA, SA" ha cobrado». En el caso de considerarse cobrada la primera cuota, constituiría en su totalidad un ingreso anticipado por corresponder al mes de enero de X11.

NRV 9.^a 5.6. «Fianzas entregadas y recibidas»

«En las fianzas entregadas o recibidas por arrendamientos operativos o por prestación de servicios, la diferencia entre su valor razonable y el importe desembolsado (debida, por ejemplo, a que la fianza es a largo plazo y no está remunerada) se considerará como un pago o cobro anticipado por el arrendamiento o prestación del servicio, que se imputará a la cuenta de pérdidas y ganancias durante el periodo del arrendamiento, conforme a lo señalado en el apartado 2 de la norma sobre arrendamientos y otras operaciones de naturaleza similar, o durante el periodo en el que se preste el servicio, de acuerdo con la norma sobre ingresos por ventas y prestación de servicios.

Al estimar el valor razonable de las fianzas, se tomará como periodo remanente el plazo contractual mínimo comprometido durante el cual no se pueda devolver su importe, sin tomar en consideración el comportamiento estadístico de devolución.

Cuando la fianza sea a corto plazo, no será necesario realizar el descuento de flujos de efectivo si su efecto no es significativo.»

Al tratarse de un arrendamiento operativo (el contrato no incluye opción de compra y la duración del contrato, tres años, es muy pequeña en relación con la vida económica de un local), la fianza recibida habrá de ser actualizada tres años, por ser esta la duración del contrato.

$$\text{Valor actual} = 2.000,00/(1,05)^3 = 1.727,68$$

La diferencia constituye un cobro anticipado que se imputará como ingreso a la cuenta de pérdidas y ganancias a lo largo de los próximos tres años.

Código	Cobro de la fianza	Debe	Haber
57-	Tesorería	2.000,00	
180	Fianzas recibidas a largo plazo		1.727,68
181	Ingresos recibidos por prestación de servicios a largo plazo		272,32

b) Deterioro del crédito frente a «JMB»

El enunciado al referirse al deterioro de X10 informa que «JMB» solo podrá hacer frente al 80 por 100 de las cuotas de amortización (a diferencia de X9, ejercicio en el que al referirse al deterioro hablaba de principal).

La duda que se plantea es si al hablar de cuotas de amortización se está refiriendo igualmente al principal o si se refiere a los importes a cobrar a vencimiento por todos los conceptos, principal e intereses. En la solución se va a optar por la primera interpretación.

Las cuotas de amortización pendientes de cobro son dos: la primera con vencimiento el 01-04-X11 por 10.000,00 u.m. y la segunda con vencimiento el 01-04-X12, por importe de 10.000,00 u.m.

Flujos de efectivo estimados futuros: el primero por importe de 9.000,00 u.m. ($80\% \times 10.000,00 + 1.000,00$) y el segundo por importe de 8.500,00 u.m. ($80\% \times 10.000,00 + 500,00$)

Valor actual =

$$9.000,00/(1,05)^{3/12} + 8.500,00/(1,05)^{15/12} = 8.890,89 + 7.997,09 = 16.887,98$$

$$\text{Valor contable} = 12.745,41 = 20.000,00 - 8.000,00 + 745,41$$

$$\text{Reversión del deterioro a 31-12-X10: } 16.887,98 - 12.745,41 = 4.142,57$$

Concepto	Valor en libros	Valor actual
Vencimiento largo plazo	6.000,00 (10.000 - 4.000)	8.890,89
Reversión del deterioro de valor de créditos a largo plazo: 2.890,09		
Vencimiento corto plazo	6.745,41 (10.000 - 4.000 + 745,41)	7.997,09
Reversión del deterioro de valor de créditos a corto plazo: 1.251,68		
Reversión total del deterioro: 2.890,09 + 1.251,68 = 4.142,57		

Código	Reversión del deterioro	Debe	Haber
298	Deterioro de valor de créditos a largo plazo	2.890,09	
598	Deterioro de valor de créditos a corto plazo	1.251,68	
797	Reversión del deterioro de créditos a largo plazo		2.890,09
799	Reversión del deterioro de créditos a corto plazo		1.251,68

Tras la reversión del deterioro, los saldos por los que figurará contabilizado el crédito en el balance de situación se presentan a continuación:

(252) Créditos a largo plazo	10.000,00
(298) Deterioro de valor de créditos a largo plazo	(1.109,91)
Valor contable 31-12-X10	8.890,09
(542) Créditos a corto plazo	10.000,00
(547) Intereses a corto plazo de créditos	745,41
(598) Deterioro de valor de créditos a corto plazo	(2.748,32)
Valor contable 31-12-X10	7.997,09
Valor contable total 31-12-X10	16.887,98

3. DETERMINACIÓN DEL RESULTADO DEL AÑO X10

Ingresos del ejercicio	
Ventas de mercaderías	350.000,00
Variación de existencias de mercaderías	5.500,00
Subvenciones de capital transferidas al resultado del ejercicio	512,82
Ingresos de créditos	1.127,30
Reversión del deterioro de valor de créditos a largo plazo	2.693,31
Reversión del deterioro de valor de créditos a corto plazo	3.157,60
Total ingresos	362.991,03
Gastos del ejercicio	
Devoluciones de ventas	5.000,00
Gastos de personal	85.000,00
Servicios exteriores	15.000,00
Gastos financieros	2.700,65
Compras de mercaderías	98.600,00
Amortizaciones	39.000,00
Total gastos	245.300,65
Resultado del ejercicio: 117.690,38	

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

COMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO NETO, REPARTO DE BENEFICIOS Y AMPLIACIÓN Y REDUCCIÓN DE CAPITAL

ENUNCIADO

Se dispone de la siguiente información de la sociedad «S, SA» en las fechas que se indican:

A 31-12-X10:

1. El capital desembolsado de la sociedad «S, SA», que no cotiza en Bolsa, asciende a 240.000 u.m. y está compuesto por las siguientes series de acciones ordinarias:
 - Serie A, 20.000 acciones de 10 u.m. de valor nominal, emitidas a la par en la constitución de la sociedad y desembolsadas al 100 por 100.

- Serie B, acciones de 5 u.m. de valor nominal que se emitieron a finales de X9 para compensar la deuda con la sociedad «Z, SA» por importe de 40.000 u.m.; el tipo de emisión de las acciones fue el que mantuvo la relación patrimonio neto/capital que había antes de la ampliación del capital (2 u.m.).
 - Serie C, acciones de 8 u.m. de valor nominal emitidas al 150 por 100 en una ampliación de capital que quedó inscrita en el Registro Mercantil en enero de X10, y están desembolsadas en el mínimo legal. Los dividendos pasivos se exigirán a partir del ejercicio X12.
2. Posee 1.000 acciones propias adquiridas, al 120 por 100 al inicio de X9, en ejecución del acuerdo adoptado por la junta de accionistas celebrada en el ejercicio X8.
 3. En el ejercicio X10 se han obtenido beneficios por importe de 39.000 u.m.
 4. La reserva legal alcanza el límite mínimo señalado en el artículo 274 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) según balance a 31-12-X9.
 5. En su cartera de valores mantenidos para negociar se incluyen 2.000 acciones de «Z, SA» de 5 u.m. nominales cada una, adquiridas en la Bolsa de Madrid a finales de noviembre de X10 al 90 por 100; se abonaron por gastos de la compra 50 u.m. Al cierre de X10 cotizaban al 80 por 100.
 6. En el mes de diciembre, una vez cumplidos los requisitos legales exigidos, se repartió un dividendo a cuenta de 4.600 u.m. El dividendo se pagó en enero de X11 en las entidades financieras indicadas al efecto.
 7. La sociedad no ha dispuesto de las primas de emisión surgidas en las ampliaciones de capital y tiene constituidas reservas disponibles por 200.000 u.m.

Durante el ejercicio X11:

1. La junta de accionistas, celebrada en abril, aprobó la siguiente aplicación del resultado de X10: después de cumplir las exigencias indicadas en el TRLSC, abonar un dividendo complementario del 9,2 por 100 de rentabilidad para cada acción; destinar 8.000 u.m. a financiar la compra de un inmovilizado y el resto, en su caso, quedaría pendiente de aplicación.

Los dividendos se abonaron en el mes de mayo.

2. «S, SA» registró la incidencia que en su cartera tuvo la reducción de capital que realizó «Z, SA» con el fin de restablecer el equilibrio entre el patrimonio neto y el capital y cumplir los requisitos exigidos para que en el próximo ejercicio, si se obtuvieran beneficios, se pudieran repartir dividendos a los accionistas.

En el patrimonio neto del balance que sirvió de base para realizar la reducción de capital de «Z, SA» figuraban, además del capital social, las siguientes partidas:

Reserva legal	18.000
Prima de emisión	10.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	-91.000
Otras reservas	30.000
Resultado del ejercicio	-2.550
Ajustes por coberturas	1.000

El capital escriturado, totalmente desembolsado, lo componen dos clases de acciones (A y B). La clase A está constituida por las siguientes series de acciones ordinarias:

Series	N.º de títulos	Valor nominal
X	4.000	12
Y	3.600	5

La clase B (2.000 acciones de 12 u.m. de valor nominal) la constituye una única serie de acciones rescatables emitidas a la par y actualmente registradas por ese importe. En el contrato de emisión se estableció que todas las acciones emitidas serían amortizadas por «Z, SA» en mayo de X12.

SE PIDE:

1. Presentar la composición del patrimonio neto en el balance de «S, SA» elaborado según el modelo normal del PGC a 31-12-X10.
2. Registrar las operaciones realizadas por «S, SA» y «Z, SA» en X11.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR EL ENUNCIADO

1. A finales del X9 el capital de la sociedad estaba representado por dos series de acciones, la serie A y la serie B

Serie A: $20.000 \times 10 = 200.000,00$ u.m. Emitida a la par

Antes de la emisión de la serie B la relación entre el patrimonio neto y el capital social era de 2 u.m., por lo que el patrimonio neto era el doble que el capital; como el capital ascendía a 200.000,00 u.m., el patrimonio era de 400.000,00 u.m.

Posteriormente se emite la serie B por importe de 40.000,00 u.m.

Tras la ampliación, el patrimonio neto pasa a ser de 440.000,00 u.m. (400.000,00 + 40.000,00) y como la relación entre el patrimonio y el capital se mantiene, el capital tras la ampliación ascenderá a 220.000,00 (440.000,00 / 2), por lo que el capital se ha incrementado en 20.000,00 u.m.

Valor de emisión serie B: 40.000,00 u.m.

Capital serie B: 20.000,00 u.m. = 4.000 acciones de nominal 5

Prima de emisión serie B: 20.000,00 u.m. = $4.000 \times 5 \times 100\%$

La serie B se ha emitido al 200 por 100.

La serie B fue totalmente suscrita por la sociedad «Z, SA» para compensar una deuda, por lo que el accionista renunció al derecho de suscripción preferente.

Sea C el capital de la serie C:

Capital desembolsado = 240.000,00 u.m. = 200.000,00 + 20.000,00 + $25\% \times C$

$C = 80.000,00$

Capital social serie C: 80.000,00 u.m. = 10.000 acciones de nominal 8

Prima de emisión serie C: $50\% \times 10.000 \times 8 = 40.000,00$ u.m.

Serie	Capital social	Prima de emisión	Desembolso
Serie A	200.000,00	–	100%
Serie B	20.000,00	20.000,00	100%
Serie C	80.000,00	40.000,00	25%
Total	300.000,00	60.000,00	

Capital pendiente de desembolsar serie C: $75\% \times 10.000 \times 8 = 60.000,00$ u.m.

La serie C fue suscrita por aportaciones dinerarias, por lo que se realizó con cargo a un derecho de suscripción preferente; en concreto, la proporción de la ampliación fue:

Capital series A y B: $200.000,00 + 20.000,00 = 220.000,00$

Capital serie C: 80.000,00

$80.000,00$ u.m. capital serie C $\times$ $220.000,00$ u.m. capital anterior

4 u.m. capital serie C $\times$ 11 u.m. de capital anterior

2. Al haberse adquirido acciones propias al inicio de X9, las acciones corresponden a la Serie A, única emitida a esa fecha

Artículo 146 del TRLSC:

2. «El valor nominal de las acciones adquiridas, directa o indirectamente, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales, y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no podrá ser superior al 20 por 100.»

Como la sociedad «S, SA» no cotiza en Bolsa, el número de acciones adquirido (1.000) era inferior al máximo permitido para poder mantener más de un año ($20\% \times 20.000 = 4.000$ acciones); lo era en la fecha de su adquisición y posteriormente, puesto que la cifra de capital ha aumentado.

Acciones propias en situaciones especiales: $1.000 \times 10 \times 120\% = 12.000,00$ u.m.

3. Resultado del ejercicio X10, 39.000,00 u.m.

4. La reserva legal alcanza el límite señalado en el artículo 274 del TRLSC, según balance a 31-12-X9

Artículo 274 del TRLSC:

«En todo caso, se destinará un 10 por 100 del resultado del ejercicio a la dotación de la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el 20 por 100 del capital social».

En el balance de 31-12-X9, la cifra de capital era de 220.000,00 (200.000,00 + 20.000,00) y a esa fecha, según el enunciado, la reserva legal alcanzaba el límite máximo, por lo que su importe era:

Reserva legal: $20\% \times 220.000,00 = 44.000,00$ u.m.

5. Acciones de la sociedad «Z, SA»

Al ser acciones clasificadas en la categoría de mantenidas para negociar, los gastos de la compra se habrán imputado a resultados y la inversión al cierre del ejercicio se habrá ajustado a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias, tal y como establece la NRV 9.^a 2.3 «Activos financieros mantenidos para negociar»:

«2.3.1. Valoración inicial

Los activos financieros mantenidos para negociar se valorarán inicialmente por su valor razonable, que, salvo evidencia en contrario, será el precio de la transacción, que equivaldrá al valor

razonable de la contraprestación entregada. Los costes de transacción que les sean directamente atribuibles se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio».

«2.3.2. Valoración posterior

Los activos financieros mantenidos para negociar se valorarán por su valor razonable, sin deducir los costes de transacción en que se pudiera incurrir en su enajenación.

Los cambios que se produzcan en el valor razonable se imputarán en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio».

Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio: $2.000 \times 5 \times 80\% = 8.000,00$ u.m.

Las acciones poseídas son acciones ordinarias de la clase A, serie Y.

6. En diciembre por el dividendo a cuenta aprobado:

Dividendo activo a cuenta: 4.600,00 u.m.

Dividendo activo a pagar: 4.600,00 u.m.

7. Según el punto 7 del enunciado la empresa tiene constituidas reservas disponibles por 200.000,00 u.m.

La duda que se plantea es si cuando el enunciado habla de reservas disponibles se refiere únicamente a las voluntarias o a todas aquellas que tienen naturaleza de disponibles, como así la tiene la prima de emisión de acciones. Va a ser esta última, la opción a considerar en la solución.

Así, las reservas disponibles están representadas por las primas de emisión de acciones correspondientes a las series B y C, ya que la serie A se emitió a la par y las reservas voluntarias.

Reservas disponibles 31-12-X10	
Prima de emisión serie B	20.000,00
Prima de emisión serie C	40.000,00
Reservas voluntarias	RV
Reservas disponibles: 200.000,00	
Reservas voluntarias: 140.000,00	

1. COMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO NETO EN EL BALANCE DE «S, SA», A 31-12-X10

Patrimonio neto A 31-12-X10	
(100) Capital social	300.000,00
(1030) Socios desembolsos no exigidos	(60.000,00)
(110) Prima de emisión de acciones	60.000,00
(112) Reserva legal	44.000,00
(113) Reservas voluntarias	140.000,00
– (108) Acciones propias	(12.000,00)
(129) Resultado del ejercicio	39.000,00
– (557) Dividendo activo a cuenta	(4.600,00)
Patrimonio neto: 506.400,00	

2.1. CONTABILIZACIÓN DE LAS OPERACIONES REALIZADAS POR «S, SA», EN X11

1. Enero X11. Se procede al pago del dividendo a cuenta, aprobado en diciembre del ejercicio anterior

Código	Enero X11. Pago del dividendo a cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	4.600,00	
57–	Tesorería		4.600,00

2. Abril. Se reparte el beneficio de X10, según los acuerdos de la Junta

En relación con la aplicación del resultado se va a proceder a dotar en primer lugar la reserva legal, tal y como establece el artículo 274 del TRLSC (transcrito anteriormente), para a continuación, por no existir otras obligaciones legales ni estatutarias, aplicar el dividendo activo a cuenta; posteriormente se va a reconocer el dividendo complementario acordado, así como las reservas voluntarias igualmente aprobadas; el resto, se ha destinado a remanente.

«Artículo 148. *Régimen de las acciones propias.*

Los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones.»

Un derecho económico de las acciones propias es el derecho a percibir dividendos, por lo que el dividendo correspondiente a las 1.000 acciones que la sociedad posee de la serie A se repartirá al

resto de las acciones en circulación; en definitiva, el dividendo devengado se reparte entre las acciones en circulación.

Así, el dividendo a cuenta satisfecho en enero de X11, por importe de 4.600,00 u.m. se habrá repartido al capital en circulación:

Capital retribuable en circulación	
Serie A	$(20.000 - 1.000) \times 10 \times 100\% = 190.000,00$
Serie B	$4.000 \times 5 \times 100\% = 20.000,00$
Serie C	$10.000 \times 8 \times 25\% = 20.000,00$
Total capital retribuable en circulación: 230.000,00	
Dividendo a cuenta: $4.600,00/230.000,00 \times 100 = 2\%$	

En relación con el dividendo complementario, una opción consiste en considerar que el porcentaje del 9,2 por 100 constituye la rentabilidad efectiva a percibir por el accionista como dividendo complementario, o lo que es lo mismo, que representa la rentabilidad correspondiente al capital en circulación.

Capital retribuable en circulación	
Serie A	$(20.000 - 1.000) \times 10 \times 100\% = 190.000,00$
Serie B	$4.000 \times 5 \times 100\% = 20.000,00$
Serie C	$10.000 \times 8 \times 25\% = 20.000,00$
Total capital retribuable en circulación: 230.000,00	
Dividendo complementario: $9,2\% \times 230.000,00 = 21.160,00$	

Otra posibilidad consiste en considerar que el dividendo del 9,2 por 100 lo genera la totalidad del capital, aunque será repartido al capital en circulación, por lo que la rentabilidad efectiva a percibir será superior.

Capital total desembolsado	
Serie A	$20.000 \times 10 \times 100\% = 200.000,00$
Serie B	$4.000 \times 5 \times 100\% = 20.000,00$
Serie C	$10.000 \times 8 \times 25\% = 20.000,00$
Total capital desembolsado: 240.000,00	
Dividendo complementario: $9,2\% \times 240.000,00 = 22.080,00$	
Rentabilidad efectiva (dividendo complementario): $22.080,00/230.000,00 \times 100 = 9,6\%$	

230.000,00		22.080,00
190.000,00		Serie A: 18.240,00
230.000,00		22.080,00
20.000,00		Serie B: 1.920,00
230.000,00		22.080,00
20.000,00		Serie C: 1.920,00

En la solución se ha optado por esta segunda alternativa; por lo que el asiento de aplicación del resultado será:

Código	Aplicación del resultado	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	39.000,00	
112	Reserva legal		3.900,00
557	Dividendo activo a cuenta		4.600,00
526	Dividendo activo a pagar		22.080,00
113	Reservas voluntarias		8.000,00
120	Remanente		420,00

3. Mayo. Pago del dividendo complementario

Código	Pago del dividendo	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	22.080,00	
57-	Tesorería		22.080,00

4. Incidencia de la reducción de capital realizada por la sociedad «Z, SA»

Al ser una reducción de capital para compensar pérdidas, no ha variado en su conjunto el patrimonio de la sociedad «Z, SA» (como se puede comprobar a continuación al analizar la operación realizada por esta sociedad), por lo que no procede efectuar asiento alguno; ahora bien, aunque se mantiene el número de acciones poseídas, 2.000, sí se ha reducido el nominal de cada una, el cual ha pasado a ser 2,75 u.m./acción.

2.2. CONTABILIZACIÓN DE LAS OPERACIONES REALIZADAS POR «Z, SA», EN X11

La sociedad «Z, SA» es titular de la totalidad de las acciones de la serie B emitidas por la sociedad «S, SA».

En la ampliación de capital correspondiente a la serie C le correspondían:

$$\begin{array}{rcl}
 4 \text{ u.m. capital serie C} & \text{—————} & 11 \text{ u.m. de capital anterior} \\
 X & \text{—————} & 20.000 \text{ u.m. de capital anterior} \\
 X = & 7.272,727272
 \end{array}$$

Al no corresponderle un número exacto de acciones y no decirse en el enunciado la opción elegida, se va a considerar que la sociedad «Z, SA» no acudió a la ampliación, por lo que sigue manteniendo únicamente las acciones de la serie B.

Código	Enero X11. Cobro del dividendo a cuenta	Debe	Haber
57–	Tesorería	400,00	
545	Dividendo activo a cobrar ($2\% \times 4.000 \times 5$)		400,00

Código	Abril X11. Reconocimiento del dividendo complementario	Debe	Haber
545	Dividendo activo a cobrar ($9,6\% \times 4.000 \times 5$)	1.920,00	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		1.920,00

Código	Mayo X11. Cobro del dividendo complementario	Debe	Haber
57–	Tesorería	1.920,00	
545	Dividendo activo a cobrar		1.920,00

Artículo 500 del TRLSC. *Emisión de acciones rescatables.*

«1. Las sociedades anónimas cotizadas podrán emitir acciones que sean rescatables a solicitud de la sociedad emisora, de los titulares de estas acciones o de ambos, por un importe nominal no superior a la cuarta parte del capital social. En el acuerdo de emisión se fijarán las condiciones para el ejercicio del derecho de rescate.

2. Las acciones rescatables deberán ser íntegramente desembolsadas en el momento de la suscripción.

3. Si el derecho de rescate se atribuye exclusivamente a la sociedad, no podrá ejercitarse antes de que transcurran tres años a contar desde la emisión.»

Artículo 501 del TRLSC. *Amortización de acciones rescatables.*

«1. La amortización de las acciones rescatables deberá realizarse con cargo a beneficios o a reservas libres o con el producto de una nueva emisión de acciones acordada por la junta general con la finalidad de financiar la operación de amortización.

2. Si se amortizaran estas acciones con cargo a beneficios o a reservas libres, la sociedad deberá constituir una reserva por el importe del valor nominal de las acciones amortizadas.

3. En el caso de que no existiesen beneficios o reservas libres en cantidad suficiente ni se emitan nuevas acciones para financiar la operación, la amortización solo podrá llevarse a cabo con los requisitos establecidos para la reducción de capital social mediante devolución de aportaciones.»

Según datos del enunciado, el capital de la sociedad «Z, SA» está constituido por:

Acciones clase A	66.000,00 (ordinarias)
Serie X (4.000 × 12)	48.000
Serie Y (3.600 × 5)	18.000
Acciones clase B (2.000 × 12)	24.000,00 (rescatables)
Total capital escriturado	90.000,00

Como se puede observar, no se cumple el requisito exigido por la normativa mercantil en cuanto a la no emisión de acciones rescatables por un importe superior a la cuarta parte del capital social.

Capital social: 90.000,00 u.m.

$$\frac{1}{4} \times 90.000 = 22.500,00 \text{ u.m.}$$

$$24.000 > 22.500,00 \text{ u.m.}$$

En principio esta emisión no se pudo realizar, pero al ser esta la situación en la que el supuesto nos sitúa, y no pudiendo hacer nada al respecto, se va a considerar, a efectos de la solución, que se cumple la normativa.

Según el contrato de emisión, las acciones rescatables serán amortizadas por la sociedad «Z, SA» en mayo de X12, por lo que parece desprenderse que el rescate se realizará a solicitud de la sociedad emisora, pero no especificándose si se van a entregar activos financieros (por ejemplo, efectivo) o instrumentos de patrimonio propio en un número variable o fijo

Así, si la sociedad «Z, SA» tiene que entregar activos financieros en una cantidad determinada, las acciones rescatables emitidas constituirían un pasivo financiero. Al igual que en el caso de que se vaya a entregar un número variable de instrumentos de patrimonio propio, en cuyo caso el control económico lo tiene el tenedor.

Si, por el contrario, se van a entregar instrumentos de patrimonio propio en un número fijo, la emisión se habría de considerar como patrimonio neto, ya que el control económico lo tiene el emisor.

En la solución se va a optar por considerar que las acciones rescatables se han registrado como pasivo financiero.

Situación patrimonial de «Z, SA» que figuraba en el balance que sirvió de base para realizar la reducción de capital.

Cuenta	Importe
(100) Capital social (clase A)	66.000,00
Serie X: $4.000 \times 12 = 48.000,00$	
Serie Y: $3.000 \times 5 = 18.000,00$	
(112) Reserva legal	18.000,00
(110) Prima de emisión	10.000,00
(121) Resultados negativos de ejercicios anteriores	-91.000,00
(11-) Otras reservas	30.000,00
(129) Resultado del ejercicio	-2.550,00
(134) Ajustes por cobertura	1.000,00
Patrimonio contable	31.450,00
Artículo 36 del Código Comercio	
(13-) Ajustes por cobertura	-1.000,00
(502) Acciones a corto plazo consideradas como pasivos financieros	24.000,00
Clase B; $2.000 \times 12 = 24.000,00$	
Patrimonio a efectos reducción capital por pérdidas	54.450,00

Artículo 36. *Código de Comercio.*

«A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. También a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto».

Capital social escriturado: $66.000 + 24.000 = 90.000,00$ u.m.

$2/3 \times 90.000 = 60.000,00$ u.m.

$54.450 < 60.000,00$ u.m.

	Antes de la reducción	Después de la reducción
Capital social escriturado	90.000,00	X
Reserva legal	18.000,00	0,10 X
Prima de emisión	10.000,00	
Resultados negativos ejercicios anteriores	-91.000,00	
Otras reservas	30.000,00	
Resultado del ejercicio	-2.550,00	
Suma	54.450,00	54.450,00

$54.450,00 = X + 0,10 X$

$X = 49.500,00$ capital escriturado reducido

Reducción de capital: $90.000,00 - 49.500,00 = 40.500,00$

La reducción de capital afecta a todas las acciones, tanto a las ordinarias como a las rescata-
bles, ya que la norma mercantil no establece que estas últimas no se vean afectadas por una reducción
de capital por pérdidas, como sí les ocurre a las acciones sin voto.

$90.000,00 \dots\dots\dots 49.500,00$

$48.000,00 \dots\dots\dots \text{Clase A: serie X: } 26.400,00 = 4.000 \times 6,60$

$90.000,00 \dots\dots\dots 49.500,00$

$18.000,00 \dots\dots\dots \text{Clase A: serie Y: } 9.900,00 = 3.600 \times 2,75$

$90.000,00 \dots\dots\dots 49.500,00$

$24.000,00 \dots\dots\dots \text{Clase B: } 13.200,00 = 2.000 \times 6,60$

Capital escriturado reducido: $26.400,00 + 9.900,00 + 13.200,00 = 49.500,00$

Series	Antes de la reducción	Después de la reducción	Importe reducido
Serie X	48.000,00	26.400,00	21.600,00
Serie Y	18.000,00	9.900,00	8.100,00
Clase B	24.000,00	13.200,00	10.800,00
Total	90.000,00	49.500,00	40.500,00

Código	Reducción de capital	Debe	Haber
100	Capital social (21.600 + 8.100)	29.700,00	
502	Acciones a largo plazo consideradas como pasivos financieros	10.800,00	
112	Reserva legal	13.050,00	
110	Prima de emisión	10.000,00	
11-	Otras reservas	30.000,00	
121	Resultados negativos ejercicios anteriores		91.000,00
129	Resultado del ejercicio		2.550,00

Cuenta	Importe
(100) Capital social (clase A)	36.300,00
Serie X: $4.000 \times 6,60 = 26.400,00$	
Serie Y: $3.600 \times 2,75 = 9.900,00$	
(112) Reserva legal ($10\% \times 49.500,00$)	4.950,00
(134) Ajustes por cobertura	1.000,00
Patrimonio contable	42.250,00
Artículo 36 del Código Comercio	
(134) Ajustes por cobertura	-1.000,00
(502) Acciones a corto plazo consideradas como pasivos financieros	13.200,00
Clase B; $2.000 \times 6,60 = 13.200,00$	
Patrimonio a efectos reducción capital por pérdidas	54.450,00

Como se puede observar, el patrimonio de la sociedad a efectos de la reducción de capital no ha variado tras efectuarse la reducción.

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

RECLASIFICACIÓN DE ACTIVOS FINANCIEROS, DETERIORO DE VALOR Y OPERACIONES
ENTRE EMPRESAS DEL GRUPO

ENUNCIADO

La sociedad «MANU, SA» dedicada a la industria textil tiene las siguientes inversiones financieras:

1.º Acciones de la sociedad «ALDE, SA»

El 01-01-X1, la sociedad «MANU, SA» adquirió el 5 por 100 de las acciones de la sociedad «ALDE, SA», por un precio de adquisición de 5.000 u.m, clasificándolas a efectos de su valoración en la cartera de activos financieros disponibles para la venta.

El 31-12-X3, el valor razonable de las acciones de la sociedad «ALDE, SA» en poder de «MANU, SA» asciende a 6.000 u.m.

El 01-01-X4, la sociedad «MANU, SA» adquiere un 60 por 100 adicional de la sociedad «ALDE, SA», por un precio de adquisición de 80.000 u.m, adquiriendo a través de esta operación el control de la misma.

A 31-12-X4, la sociedad «ALDE, SA» presenta en su balance las siguientes cifras:

- Capital social: 100.000 u.m.
- Reservas: 20.000 u.m.
- Resultado del ejercicio: – 30.000 u.m.

En dicha fecha, la sociedad «MANU, SA», al tener dudas sobre la recuperabilidad de la inversión en «ALDE, SA», encarga a una reconocida empresa de consultoría una valoración exhaustiva de su inversión, de la cual resultan los siguientes datos:

- Valor razonable de la participación: 60.000 u.m.
- Costes de venta asociados a la misma: 6.000 u.m.
- Valor actual de los flujos de efectivo futuros derivados de la inversión: 58.000 u.m.

A 31-12-X6, la sociedad «ALDE, SA» presenta en su balance las siguientes cifras:

- Capital social: 100.000 u.m.
- Reservas: 0 u.m.
- Resultado del ejercicio: 50.000 u.m.

SE PIDE:

Contabilizar las operaciones realizadas por la sociedad «MANU, SA» en los ejercicios X1, X3, X4 y X6.

2.º Acciones de la sociedad «NAZCA, SA»

Las sociedades «MANU, SA» y «NAZCA, SA», esta última dedicada también a la industria textil, forman parte de un mismo grupo. El 01-01-X1, la sociedad «NAZCA, SA» realiza una ampliación de capital, a la que acude «MANU, SA» aportando un terreno, que en dicha fecha figuraba contabilizado en su balance con las siguientes cifras:

- Terrenos y bienes naturales: 30.000 u.m.
- Deterioro del valor del inmovilizado material: 2.000 u.m.

A través de esta ampliación de capital, «MANU, SA» pasa a poseer el 100 por 100 del capital de «NAZCA, SA».

En el momento de la ampliación de capital, la sociedad «MANU, SA» encarga una tasación del terreno a una empresa independiente y el mismo queda valorado en 35.000 u.m.

El grupo está dispensado de formular cuentas anuales consolidadas por razón de tamaño, en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 del Código de Comercio.

SE PIDE:

Contabilizar la operación en las cuentas individuales de «MANU, SA» y justificación de la respuesta.

3.º Obligaciones emitidas por «SABO, SA»

Al cierre del ejercicio X4, la sociedad «MANU, SA» posee obligaciones emitidas por la sociedad «SABO, SA» cuyo valor razonable en esa fecha es de 9.600 u.m.

Las obligaciones fueron adquiridas el 01-01-X3 y están calificadas como activos financieros mantenidos hasta el vencimiento porque la sociedad «MANU, SA» tiene la intención y la capacidad de conservarlos hasta la fecha de reembolso.

Las condiciones de la adquisición fueron las siguientes:

- Valor nominal adquirido: 10.000 u.m.
- Valor de adquisición (incluidos gastos de transacción por importe de 100): 9.000 u.m.
- Valor de reembolso: 10.100 u.m.
- Fecha de reembolso: 01-01-X11.
- Interés: 5 por 100 sobre valor nominal, pagadero por anualidades vencidas.
- TIR de la inversión: 6,7573 por 100.

Por otra parte, la sociedad «MANU, SA» contabilizó en febrero del ejercicio X4 la venta de títulos de deuda pública con vencimiento en el año X12, calificados como activos financieros mantenidos hasta vencimiento, por un importe nominal de 8.500 u.m., con la finalidad de obtener liquidez para adquirir participaciones en el capital de una de las empresas del grupo.

SE PIDE:

Realizar los asientos contables que debe realizar la sociedad «MANU, SA», de acuerdo con el PGC, al cierre del ejercicio X4.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

1.º ACCIONES DE LA SOCIEDAD «ALDE, SA»

01-01-X1. Adquisición del 5 por 100 de las acciones de la sociedad «ALDE, SA»:

Código	01-01-X1. Compra acciones «ALDE, SA»	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	5.000,00	
57-	Tesorería		5.000,00

31-12-X3. Ajuste a valor razonable con cambios en patrimonio, según se establece en la NRV 9.ª 2.6.2, correspondiente a la inversión que la sociedad «MANU, SA» mantiene en la sociedad «ALDE, SA», calificada como disponibles para la venta:

«Los activos financieros disponibles para la venta se valorarán por su valor razonable, sin deducir los costes de transacción en que se pudiera incurrir en su enajenación. Los cambios que se produzcan en el valor razonable se registrarán directamente en el patrimonio neto».

Valor razonable 6.000,00

Valor contable 5.000,00

Beneficio a patrimonio 1.000,00

Código	31-12-X3. Ajuste a valor razonable	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	1.000,00	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		1.000,00

Código	31-12-X3. Regularización	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	1.000,00	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		1.000,00

01-01-X4. Adquisición del 60 por 100 de la sociedad «ALDE, SA»

Al adquirirse un 60 por 100 adicional se obtiene el control de la sociedad «ALDE, SA», por lo que la inversión previa ha de ser reclasificada por el valor razonable inmediatamente anterior a su reclasificación.

NRV 9.^a 2.7. Reclasificación de activos financieros

«La empresa no podrá reclasificar ningún activo financiero incluido inicialmente en la categoría de mantenidos para negociar o a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias, a otras categorías, ni de estas a aquellas, salvo cuando proceda calificar al activo como inversión en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo o asociadas».

NRV 9.^a 2.5. Inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas

«Si existiera una inversión anterior a su calificación como empresa del grupo, multigrupo o asociada, se considerará como coste de dicha inversión el valor contable que debiera tener la misma inmediatamente antes de que la empresa pase a tener esa calificación».

El valor razonable del 5 por 100 de las acciones de la sociedad «ALDE, SA» a 31-12-X3 era de 5.000,00 u.m., habiéndose adquirido un 60 por 100 adicional el 01-01-X4 por importe de 80.000,00 u.m.

A efectos de la solución se pueden plantear dos soluciones; la primera suponer que el valor razonable de las acciones de la sociedad «ALDE, SA» se ha incrementado respecto de su valor a 31-12-X3:

60% ————— 80.000,00 (valor razonable)

5% ————— $X = 6.666,67$ (valor razonable)

Y, en consecuencia, considerar que el valor razonable a 01-01-X4 del 5 por 100 adquirido previamente, es de 6.666,67, habiéndose incrementado en 666,67 en relación con su valor razonable a 31-12-X3.

La segunda implica considerar que al haberse adquirido un 60 por 100 de la sociedad «ALDE, SA», lo que supone adquirir el control, se ha satisfecho una prima sobre el valor razonable del resto de los instrumentos de patrimonio de la sociedad «ALDE, SA», tal y como establece la NRV 19.^a 2.1 d):

«La sociedad adquirente suele ser aquella que paga una prima sobre el valor razonable de los instrumentos de patrimonio de las sociedades que se combinan».

A efectos de la solución, se va a considerar la segunda opción.

Código	Reclasificación inversión previa	Debe	Haber
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas	6.000,00	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		6.000,00

Código	Compra 60% acciones «ALDE, SA»	Debe	Haber
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas	80.000,00	
57-	Tesorería		80.000,00

El beneficio de 1.000,00 u.m. contabilizado en patrimonio se mantiene, tal y como establece la NRV 9.^a 2.5.

«En su caso, los ajustes valorativos previos asociados con dicha inversión contabilizados directamente en el patrimonio neto se mantendrán en este hasta que se produzca alguna de las circunstancias descritas en el apartado 2.5.3 siguiente».

31-12-X4. Deterioro de valor

NRV 9.^a 2.5.3. Deterioro del valor

«Al menos al cierre del ejercicio, deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias siempre que exista evidencia objetiva de que el valor en libros de una inversión no será recuperable.

El importe de la corrección valorativa será la diferencia entre su valor en libros y el importe recuperable, entendido este como el mayor importe entre su valor razonable menos los costes de venta y el valor actual de los flujos de efectivo futuros derivados de la inversión, calculados, bien mediante la estimación de los que se espera recibir como consecuencia del reparto de dividendos realizado por la empresa participada y de la enajenación o baja en cuentas de la inversión en la misma, bien mediante la estimación de su participación en los flujos de efectivo que se espera sean generados por la empresa participada, procedentes tanto de sus actividades ordinarias como de su enajenación o baja en cuentas. Salvo mejor evidencia del importe recuperable de las inversiones, en la estimación del deterioro de esta clase de activos se tomará en consideración el patrimonio neto de la entidad participada corregido por las plusvalías tácitas existentes en la fecha de la valoración.

Las correcciones valorativas por deterioro y, en su caso, su reversión, se registrarán como un gasto o un ingreso, respectivamente, en la cuenta de pérdidas y ganancias. La reversión del deterioro tendrá como límite el valor en libros de la inversión que estaría reconocida en la fecha de reversión si no se hubiese registrado el deterioro del valor».

Valor razonable menos costes de venta (60.000,00 – 6.000,00)	54.000,00
Valor actual de los flujos de efectivo futuros	58.000,00
Importe recuperable	58.000,00
Patrimonio neto de la sociedad «ALDE, S.A» (100.000 + 20.000 – 30.000)	90.000,00
Valor de la participación de la sociedad «MANU, SA» (65% × 90.000)	58.500,00

La cuestión que se plantea es cuál de los dos importes obtenidos, el importe recuperable o el valor de la participación, se ha de considerar para determinar el deterioro, ya que de la NRV no se deduce un criterio claro.

Consulta número 5 BOICAC 75 del ICAC

«Pregunta: Sobre diversas cuestiones en relación con los criterios de deterioro de valor recogidos en la norma de registro y valoración 9.^a de inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas (apartado 2.5.3 de la citada norma), contenida en la segunda parte del Plan General de Contabilidad. En concreto:

Cuestión 2. Se plantea si el criterio que toma en consideración el patrimonio neto de la sociedad participada corregido por las plusvalías tácitas debe utilizarse solo en circunstancias en las que no es posible determinar de manera fiable los flujos de efectivo futuros y, por tanto, si la sociedad debe tratar, siempre que sea posible, de obtener valoraciones de sus inversiones.

Cuestión 3. Se plantea si debe procederse a registrar el deterioro en una situación en la que el valor actual de los flujos de efectivo indica la necesidad de registrar un deterioro pero, sin embargo, el valor teórico contable más las plusvalías tácitas probadas es mayor que el coste de la inversión registrado en libros, considerando la compañía que dicho importe de VTC más plusvalías es más fiable que el descuento de flujos.

Respuesta

Cuestiones 2 y 3. El método de estimación del valor recuperable a partir del valor del patrimonio neto ajustado por plusvalías se utilizará salvo mejor evidencia del importe recuperable. En consecuencia, la selección del método ha de ser realizada en función del que proporcione mejor evidencia.

El objetivo del procedimiento de cálculo a partir del patrimonio neto corregido por las plusvalías tácitas existentes en la fecha de la valoración, es facilitar la aplicación práctica de los criterios relativos a las correcciones valorativas de estas inversiones, evitando la necesidad de hacer un análisis más complejo en aquellas situaciones en que su cálculo pueda proporcionar indicios claros de que no existe deterioro.»

De la respuesta de la consulta, parece deducirse que el importe con el que comparar el valor contable para ver si existe deterioro, es el valor del patrimonio ajustado por plusvalías, salvo que se considere más fiable el importe recuperable, siendo en definitiva la empresa la que ha de decidir el método a utilizar.

El enunciado no es muy claro, aunque parece que la empresa tenía dudas sobre la valoración deducida del patrimonio neto, lo que le ha llevado a solicitar la valoración correspondiente al importe recuperable de la participación, tras lo cual se observa que existe muy poca diferencia entre ambas valoraciones: importe recuperable, 58.000,00; valor de la participación, 58.500,00.

De cara a la solución se va a optar por utilizar el valor de la participación, por dos razones: la primera, y ya comentada, que esta valoración coincide prácticamente con el importe recuperable, y la segunda que a 31-12-X6 no se ha solicitado valoración del importe recuperable, lo que puede hacer pensar que la empresa considera fiable el valor de la participación.

Valor contable	86.000,00
Valor de la participación	58.500,00
Deterioro de valor	27.500,00

Ahora bien, la empresa no está perdiendo 27.500 u.m., sino que está dejando de ganar 1.000 u.m. y está perdiendo 26.500 u. m, como así lo establece la NRV 9.^a 2.5.3:

«No obstante, en el caso de que se hubiera producido una inversión en la empresa, previa a su calificación como empresa del grupo, multigrupo o asociada, y con anterioridad a esa calificación, se hubieran realizado ajustes valorativos imputados directamente al patrimonio neto derivados de tal inversión, dichos ajustes se mantendrán tras la calificación hasta la enajenación o baja de la inversión, momento en el que se registrarán en la cuenta de pérdidas y ganancias, o hasta que se produzcan las siguientes circunstancias:

a) En el caso de ajustes valorativos previos por aumentos de valor, las correcciones valorativas por deterioro se registrarán contra la partida del patrimonio neto que recoja los ajustes valorativos previamente practicados hasta el importe de los mismos y el exceso, en su caso, se registrará en la cuenta de pérdidas y ganancias. La corrección valorativa por deterioro imputada directamente en el patrimonio neto no revertirá».

Código	31-12-X4. Deterioro de valor	Debe	Haber
891	Deterioro de participaciones en el patrimonio, empresas del grupo	1.000,00	
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas		1.000,00

Código	31-12-X4. Regularización	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración activos financieros disponibles para la venta	1.000,00	
891	Deterioro de participaciones en el patrimonio, empresas del grupo		1.000,00

Código	31-12-X4. Deterioro de valor	Debe	Haber
696	Pérdidas por deterioro de participaciones a largo plazo	26.500,00	
293	Deterioro de valor de participaciones a largo plazo en partes vinculadas		26.500,00

(240) Participaciones a largo plazo en partes vinculadas: 85.000,00

(293) Deterioro de valor de participaciones a largo plazo en partes vinculadas: 26.500,00

Valor contable: $85.000,00 - 26.500,00 = 58.500,00$

31-12-X6. Análisis del deterioro.

Patrimonio neto de la sociedad «ALDE, SA»: $100.000 + 50.000 = 150.000$

Valor de la participación de la sociedad «MANU, SA»: $65\% \times 150.000 = 97.500$

Valor contable 58.500,00

Valor de la participación 97.500,00

Reversión del deterioro $39.000,00 > 26.500,00$

Código	31-12-X6. Reversión deterioro	Debe	Haber
293	Deterioro de valor de participaciones a largo plazo en partes vinculadas	26.500,00	
796	Reversión del deterioro de participaciones a largo plazo		26.500,00

2.º ACCIONES DE LA SOCIEDAD «NAZCA, SA»

Al formar las sociedades «MANU, SA» y «NAZCA, SA» parte de un mismo grupo, a la operación que entre ellas van a realizar le será de aplicación, en principio, la NRV 21.^a «Operaciones entre empresas del grupo»:

1. Alcance y regla general

«La presente norma será de aplicación a las operaciones realizadas entre empresas del mismo grupo, tal y como estas quedan definidas en la norma 13.^a de elaboración de las cuentas anuales.

Las operaciones entre empresas del mismo grupo, con independencia del grado de vinculación entre las empresas del grupo participante, se contabilizarán de acuerdo con las normas generales.

En consecuencia, con carácter general, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, los elementos objeto de la transacción se contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable. En su caso, si el precio acordado en una operación difiere de su valor razonable, la diferencia debe-

rá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación. La valoración posterior se realizará de acuerdo con lo previsto en las correspondientes normas.

2. Normas particulares

Las normas particulares solo serán de aplicación cuando los elementos objeto de transacción deban calificarse como un negocio. A estos efectos, las participaciones en el patrimonio neto que otorguen el control sobre una empresa que constituya un negocio, también tendrán esa calificación.

2.1. Aportaciones no dinerarias

En las aportaciones no dinerarias a una empresa del grupo, el aportante valorará su inversión por el valor contable de los elementos patrimoniales entregados en las cuentas anuales consolidadas en la fecha en que se realiza la operación, según las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, que desarrollan el Código de Comercio.

La sociedad adquirente los reconocerá por el mismo importe.

Las cuentas anuales consolidadas que deben aplicarse a estos efectos serán las del grupo o subgrupo mayor en el que se integren los elementos patrimoniales, cuya sociedad dominante sea española. En el supuesto de que las citadas cuentas no se formularan, al amparo de cualquiera de los motivos de dispensa previstos en las normas de consolidación, se tomarán los valores existentes antes de realizarse la operación en las cuentas anuales individuales de la sociedad aportante».

De lo anterior se deduce que si los elementos objeto de la transacción deben calificarse como un negocio, les serán de aplicación las normas particulares, y en los restantes casos, les serán de aplicación las normas generales.

En este caso, la aportación no dineraria consiste en un terreno que no constituye un negocio, tal y como lo define la NRV 19.^a:

«Un negocio es un conjunto integrado de actividades y activos susceptibles de ser dirigidos y gestionados con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos a sus propietarios o partícipes.»

En consecuencia, a la operación realizada por las empresas «MANU, SA» y «NAZCA, SA» les serán de aplicación las normas generales.

Así, la NRV 2.^a 1.4 establece:

«Para el aportante de los bienes se aplicará lo dispuesto en la norma relativa a instrumentos financieros».

La NRV 9.^a 2.5.1 establece:

«Las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo se valorarán inicialmente al coste, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada más los costes de transacción que le sean directamente atribuibles, debiendo aplicar, en su caso, en relación con las empresas del grupo, el criterio incluido en el apartado 2 de la norma relativa a operaciones entre empresas del grupo».

En este caso, al no constituir la aportación un negocio no le es de aplicación, como ya ha quedado comentado, el apartado 2 de la NRV 21.^a.

De todo lo anterior, se deduce que el aportante registrará los instrumentos de patrimonio recibidos por su valor razonable, dándose de baja la aportación por su valor contable y registrando el resultado derivado de la operación en pérdidas y ganancias.

Ahora bien, la Consulta 9, BOICAC 84/diciembre 2010 del ICAC, establece:

«Contenido: NRV 21.^a Operaciones entre empresas del grupo. Aportación no dineraria.

Respuesta:

Una sociedad "X" aporta un terreno en la ampliación de capital que realiza otra sociedad "Y". en la consulta se indica que ambas sociedades son "claramente vinculadas"; sin embargo, no se define el nivel de vinculación.

La consulta versa sobre la valoración que debe otorgarse a las participaciones recibidas por la sociedad "X" y, en particular, cómo debe contabilizarse la diferencia que pudiera producirse entre el valor de las citadas participaciones y el valor contable del terreno.

De los términos en que está redactada la consulta se infiere que el elemento patrimonial aportado no constituye un negocio y que la aportación se realiza a una empresa del grupo, tal y como queda definida en la norma 13.^a "Empresas del grupo, multigrupo y asociadas", por lo que deberá tenerse en cuenta lo previsto en el apartado 1 de la NRV 21.^a "Operaciones entre empresas del grupo" (ya incluida).

La regla general se regula en el apartado 1.4 "Aportaciones de capital no dinerarias" de la NRV 2.^a "Inmovilizado material" del PGC, que a su vez remite a lo dispuesto en la NRV 9.^a "Instrumentos financieros", que en su apartado 2.5 establece que la sociedad aportante incluirá las participaciones en la categoría de inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas, valorándolas, en principio, por el valor razonable de la contraprestación entregada.

No obstante, dado que la aportación no dineraria parece que se realiza a una empresa del grupo, para otorgar el adecuado tratamiento contable a los hechos descritos por el consultante debería traerse a colación la doctrina de este Instituto incluida en la consulta 6 publicada en su Boletín n.º 74, en cuya virtud, el criterio a seguir en estos casos debe ser análogo al que se da a las permutas de inmovilizado,

lo que implica que cuando tenga carácter de permuta no comercial, situación que aplicando por analogía el criterio recogido en la citada consulta puede ser frecuente cuando la aportación se realice a una empresa del grupo, la inversión se reflejará en la sociedad "X" al valor contable de la contraprestación entregada, sin que se produzca un resultado contable».

A tenor de lo anterior, la operación se tratará como una permuta no comercial, puesto que antes de la operación la propiedad jurídica estaba en manos de una empresa del grupo (en concreto la empresa aportante), pero el control económico lo tenía el grupo, y después de la operación la propiedad jurídica la tiene otra empresa del grupo (en concreto, el receptor de la aportación), pero el control económico sigue estando en poder del grupo.

En las permutas no comerciales no se pueden contabilizar beneficios, debiéndose dar de alta lo recibido por el menor entre el valor contable de lo entregado y el valor razonable de lo recibido.

La intención de la norma es registrar lo recibido por el coste real para el adquirente, con el límite del valor razonable; y en este sentido, el deterioro registrado no constituye una recuperación del coste del terreno, sino que representa una posible pérdida que al permutarse el terreno no llegará a producirse, por ser su valor razonable superior a su coste, y siempre considerando que dicho valor razonable sea fiable.

Por ello, se va a proceder en primer lugar a revertir el deterioro, para a continuación registrar los instrumentos de patrimonio recibidos por el valor contable (coste) del terreno (30.000 u.m.) por ser inferior a su valor razonable:

Código	Reversión del deterioro	Debe	Haber
291	Deterioro de valor del inmovilizado material	2.000,00	
791	Reversión del deterioro del inmovilizado material		2.000,00

Código	Aportación no dineraria	Debe	Haber
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas	30.000,00	
210	Terrenos y bienes naturales		30.000,00

3.º OBLIGACIONES EMITIDAS POR «SABO, SA»

Análisis de la rentabilidad, tanto efectiva como contractual, que genera la inversión realizada en obligaciones de la sociedad «SABO, SA»:

Año	Inversión	Interés, 6,7573%	Interés 5%	Incremento de la inversión
X3	9.000,00	608,16 (6,7573% × 9.000,00)	500,00 (5% × 10.000,00)	108,16
X4	9.108,16	615,46 (6,7573% × 9.108,16)	500,00 (5% × 10.000,00)	115,46
X5	9.223,62			

«2.7. Reclasificación de activos financieros

No se podrá clasificar o tener clasificado ningún activo financiero en la categoría de inversiones mantenidas hasta el vencimiento si en el ejercicio a que se refieren las cuentas anuales o en los dos precedentes, se han vendido o reclasificado activos incluidos en esta categoría por un importe que no sea insignificante en relación con el importe total de la categoría de inversiones mantenidas hasta el vencimiento, salvo aquellas que correspondan a ventas o reclasificaciones:

- a) Muy próximas al vencimiento, o
- b) Que hayan ocurrido cuando la empresa haya cobrado la práctica totalidad del principal, o
- c) Atribuibles a un suceso aislado, fuera del control de la empresa, no recurrente y que razonablemente no podía haber sido anticipado por la empresa.

Cuando dejase de ser apropiada la clasificación de un activo financiero como inversión mantenida hasta el vencimiento, como consecuencia de un cambio en la intención o en la capacidad financiera de la empresa o por la venta o reclasificación de un importe que no sea insignificante según lo dispuesto en el párrafo anterior, dicho activo, junto con el resto de activos financieros de la categoría de inversiones mantenidas hasta el vencimiento, se reclasificarán a la categoría de disponibles para la venta y se valorarán por su valor razonable. La diferencia entre el importe por el que figure registrado y su valor razonable se reconocerá directamente en el patrimonio neto de la empresa y se aplicarán las reglas relativas a los activos disponibles para la venta».

Como la empresa «MANU, SA» vendió en febrero de este año una inversión calificada en la categoría de «Inversiones mantenidas hasta el vencimiento», no estando próximo su vencimiento (año X12), motivada por problemas derivados de su capacidad financiera, debió reclasificar a la categoría de «Activos financieros disponibles para la venta» la inversión en obligaciones de la sociedad «SABO, SA», que se tenían clasificadas en la categoría de «Inversiones mantenidas hasta el vencimiento», por lo que a partir de ese momento, a las obligaciones de la sociedad «SABO, SA» les será de aplicación lo establecido por la NRV 9.^a 2.6 para los valores representativos de deuda:

«Los activos financieros disponibles para la venta se valorarán por su valor razonable, sin deducir los costes de transacción en que se pudiera incurrir en su enajenación. Los cambios que se produzcan en el valor razonable se registrarán directamente en el patrimonio neto.

Se registrará en la cuenta de pérdidas y ganancias el importe de los intereses, calculados según el método del tipo de interés efectivo».

31-12-X4 Reconocimiento de los intereses devengados, según tipo de interés efectivo.

Código	Por los intereses devengados	Debe	Haber
546	Intereses a corto plazo de valores representativos de deuda	500,00	
			.../...

Código	Por los intereses devengados	Debe	Haber
.../...			
251	Valores representativos de deuda	115,46	
761	Ingresos de valores representativos de deuda		615,46

(251) Valores representativos de deuda	9.223,62
(546) Intereses a corto plazo de valores representativos de deuda	500,00
Valor contable	9.723,62
Valor razonable	9.600,00
Ajuste a valor razonable	123,62

Código	Ajuste a valor razonable	Debe	Haber
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta	123,62	
251	Inversiones financieras a largo plazo en valores representativos de deuda		123,62

Código	Regularización	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	123,62	
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta		123,62

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES Y CONTABILIDAD DE OPERACIONES DE IVA

ENUNCIADO

1.º La sociedad «DRAGADOS ASTURIANOS, SA» ha obtenido en el ejercicio X0 un beneficio antes de impuestos de 1.000.000 de u.m. Durante este ejercicio:

- Es sancionada por la apertura de un pozo sin la debida autorización, cuyo importe asciende a 10.000 u.m.
- Presionada por la competencia del mercado, la empresa decide desarrollar un proyecto de investigación durante tres años. Para ello, contrata investigadores cualificados dedicados en exclusiva al proyecto; los costes en los años que se indican han sido en u.m. los siguientes:

	Personal	Material
X0	100.000	1.000
X1	150.000	2.000
X2	200.000	3.000

Así mismo, para desarrollar las actividades planeadas, adquiere un edificio de oficinas en Oviedo a principios de X0, por una cuantía de 100.000 u.m., que amortiza en 20 años y varios ordenadores por un valor de 10.000 u.m., amortizables en 10 años.

Analizado el proyecto en profundidad, se considera que este permitirá a la empresa «DRAGADOS ASTURIANOS, SA» situarse entre las empresas punteras en su segmento de mercado e incrementará las ventas un 20 por 100 en los próximos años.

La empresa obtiene informe motivado del Ministerio de Ciencia e Innovación, que califica este proyecto como «proyecto de investigación».

La media de los gastos de I+D en los dos últimos periodos asciende a 250.000 u.m. (250.000 en cada año).

- «DRAGADOS ASTURIANOS, SA» decide permutar al final de este ejercicio un martinete de aire comprimido de su propiedad por otro idéntico pero más ajustado a las dimensiones de una obra que está desarrollando en Avilés. Contablemente, la empresa tiene registrado el martinete por un importe de 20.000 u.m., con una vida útil de 10 años, de los que lleva amortizados linealmente, hasta el 1 de enero de este ejercicio, 4 años. El valor que se reconoce a la máquina recibida es de 15.000 u.m., con una vida útil de 5 años.
- El 31-12-X0, en su afán por incrementar su cuota de mercado, compra la empresa competidora «CONSTRUCCIONES ALLERANAS, SL», que tiene grandes posibilidades de crecimiento en el futuro. Para ello amplía su capital en 11.000 u.m.

«CONSTRUCCIONES ALLERANAS, SL», a la fecha de adquisición, presentaba la situación siguiente:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Terrenos	10.000	Provisiones	1.000
Existencias	700	Acreedores	20.000
Maquinaria	20.000	Pasivos por impuesto diferido	900
Tesorería	500	Capital	9.500
Deudores	200		
Total	31.400		31.400

La sociedad adquirente ha contratado con una consultora radicada en Gijón la determinación del valor razonable de los activos y pasivos del balance de la sociedad absorbida, por lo que le ha pagado 1.000 u.m. La consultora ha determinado que todos los valores se ajustan al

valor razonable con excepción de los terrenos, cuyo importe asciende a 11.000 u.m. y las existencias, que valora en 500 u.m.

Se sabe, además, que la sociedad «CONSTRUCCIONES ALLERANAS, SL» tiene firmado un contrato de *renting* hasta fin de X1 sobre varias furgonetas que usa para el transporte de sus empleados a las obras. La cuota mensual que satisface es de 400 u.m. Debido a la importante crisis del sector, las cuotas de *renting* que se ofertan actualmente en el mercado para esta clase de vehículo y plazo de contrato son de 250 u.m. mensuales.

La fusión se ha acogido al régimen especial de fusiones del Capítulo VIII del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS).

- Existe contabilizado en el activo un crédito, derivado de una base imponible negativa. La cuantía de la base es de 100.000 u.m.
- Los pagos a cuenta de X0 ascienden a 25.067 u.m.
- El tipo de gravamen es el 30 por 100.

En el año X1, la sociedad «DRAGADOS ASTURIANOS, SA» presenta un beneficio antes de impuestos de 3.000.000 de u.m. Se sabe que:

- El tipo de gravamen a aplicar este año, debido a la necesidad de consolidación fiscal de las cuentas públicas, se ha incrementado hasta el 40 por 100.
- La sanción impuesta el año pasado, que fue recurrida por el departamento legal de «DRAGADOS ASTURIANOS, SA», se anula judicialmente, obteniendo esta la devolución íntegra de la cantidad satisfecha.
- Las existencias que han sido adquiridas como consecuencia de la absorción de «CONSTRUCCIONES ALLERANAS, SL» han sido totalmente enajenadas en X1 por el valor que determinó la consultora como valor razonable.
- Los pagos a cuenta ascienden a 100.000 u.m. en este ejercicio X1 y las retenciones a 61.884 u.m.

SE PIDE:

1.º Realizar la contabilización de las operaciones anteriores y la liquidación del Impuesto sobre Sociedades en los ejercicios X0 y X1, sabiendo que la empresa «DRAGADOS ASTURIANOS, SA» se acogerá a todas las medidas que supongan menor coste fiscal.

NOTA. La operación de fusión no afecta a la declaración del Impuesto sobre Sociedades de X0.

2.º Aprovechando las ayudas del gobierno autonómico, don Ángel R. decide constituir el 01-01-X0 la sociedad «NORTIA OVETENSE, SL», situando su domicilio social en el parque tecnológico,

con la previsión de iniciar la realización habitual de las operaciones sujetas al impuesto en el ejercicio X1. Se propone por parte de la nueva sociedad un porcentaje de prorrata del 100 por 100, que es aceptada por la Administración.

Durante el ejercicio X0 realiza, entre otras, las siguientes adquisiciones:

- El 02-05-X0 compra a crédito 10.000 DVD como soporte para el *software* que va a desarrollar. El proveedor le concede por ello un descuento en factura del 10 por 100.
- En sus últimas vacaciones a Gran Canaria, don Ángel R. se fijó en una tienda de ordenadores que sirven material a todo el mundo a muy buen precio. Decide comprarle uno por un importe de 3.000 u.m. el 01-09-X0, produciéndose la llegada a la aduana de Gijón el 05-09-X0.

El 01-01-X1 comienza la realización habitual de las operaciones y, entre otras, vende a crédito el 03-09-X1 a la empresa de eventos «ÉCLAT EVENT DESIGN», radicada en Houston (Tejas), un programa informático específico para su actividad, que permite al cliente una óptima gestión de los asuntos referentes a su personal, atendiendo a la especificidad de su actividad. El importe asciende a 300.000 u.m.

En este mismo ejercicio realiza, entre otras, la adquisición de una impresora láser color al proveedor francés «GABACHUÁ, SA» a un precio de 2.000 u.m., pagando la mitad el 01-07-X1 y el resto a la entrega de la máquina, el 01-10-X1.

El 03-08-X2, don Ángel R. recibe la visita de su cuñado don Julio M., que le pide la elaboración de una aplicación Android para su teléfono móvil de empresa, que le permita gestionar adecuadamente los fondos y suplidos que le entregan sus clientes. Dado que son cuñados y, a pesar de que don Ángel R. le ha dedicado varios meses de trabajo y su coste asciende a 3.000 u.m., decide no cobrarle por la aplicación.

Durante el ejercicio X5, debido a una crisis generalizada en el sector, «NORTIA OVETENSE» se ve obligada a interrumpir su actividad. Si bien, con la esperanza de que el año siguiente sea mejor, el 01-06-X5 adquiere a crédito 2.000 cajas de DVD, a 20 u.m. por caja, a su proveedor de confianza que le aplica un *rappel* de 5 u.m. por caja. Adquiere, así mismo, 1.000 cartuchos de tinta color a 30 u.m. cada uno, que paga al contado, de los que el 10-06-X5 devuelve 10 por encontrarse defectuosos.

El importe de las operaciones con y sin derecho a deducción que realiza cada año es:

	X1	X2	X3	X4
Operaciones con derecho a deducción	700.000	138.000	226.800	7.800
Operaciones sin derecho a deducción	300.000	12.000	88.200	7.200

SE PIDE:

Contabilizar las operaciones anteriormente descritas, así como el IVA derivado de dichas circunstancias, considerando que el tipo de IVA al que tributan las operaciones es el 18 por 100.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

1.º SOCIEDAD «DRAGADOS «ASTURIANOS, SA»

Año X0

Sanción

La sanción satisfecha (ya que en el ejercicio siguiente se le reintegra a la empresa en su totalidad) se contabiliza como gasto.

Al no conocerse cuándo se recurre, ni la estimación probable o remota de su recuperación, no se contempla la probabilidad de efectuar asiento alguno a este respecto, ni la posible contingencia derivada de este hecho.

Código	Por la sanción	Debe	Haber
678	Gastos excepcionales	10.000,00	
57–	Tesorería		10.000,00

Nos encontramos ante un gasto contable no deducible, surgiendo una diferencia permanente positiva.

Proyecto de investigación

Compra de los edificios y ordenadores, así como de los gastos incurridos a lo largo del año X0 en el proyecto de investigación.

Código	Compra del edificio	Debe	Haber
211	Construcciones	100.000,00	
–	Contrapartidas		100.000,00

Se ha considerado en su totalidad construcción, al no darse información en el enunciado en relación con el valor del suelo.

Código	Compra de los ordenadores	Debe	Haber
217	Equipos para procesos de información	10.000,00	
-	Contrapartidas		10.000,00

Código	Por los gastos de investigación	Debe	Haber
64-	Gastos de personal	100.000,00	
60-	Compras de materiales	1.000,00	
-	Contrapartidas		101.000,00

31-12-X0. Amortización del edificio de oficinas, así como de los ordenadores.

Código	Amortización edificio	Debe	Haber
681	Amortización inmovilizado material (100.000,00/20)	5.000,00	
281	Amortización acumulada inmovilizado material		5.000,00

Código	Amortización ordenadores	Debe	Haber
681	Amortización inmovilizado material (10.000,00/10)	1.000,00	
281	Amortización acumulada inmovilizado material		1.000,00

31-12-X0. Activación de las cantidades invertidas en el proyecto de investigación, ya que este parece que va a ser viable, al cumplirse las condiciones exigidas por la NRV 6.^a a) «Investigación y desarrollo», la cual establece:

«Los gastos de investigación serán gastos del ejercicio en que se realicen. No obstante podrán activarse como inmovilizado intangible desde el momento en que cumplan las siguientes condiciones:

- Estar específicamente individualizados por proyectos y su coste claramente establecido para que pueda ser distribuido en el tiempo.
- Tener motivos fundados del éxito técnico y de la rentabilidad económico-comercial del proyecto o proyectos de que se trate.

Los gastos de investigación que figuren en el activo deberán amortizarse durante su vida útil, y siempre dentro del plazo de cinco años; en el caso en que existan dudas razonables sobre el éxito técnico o la rentabilidad económico-comercial del proyecto, los importes registrados en el activo, deberán imputarse directamente a pérdidas del ejercicio».

Código	Activación del proyecto	Debe	Haber
200	Investigación	107.000,00	
.../...			

Código	Activación del proyecto	Debe	Haber
.../...			
730	Trabajos realizados para el inmovilizado intangible (101.000,00 + 5.000,00 + 1.000,00)		107.000,00

En relación con la amortización contable de los gastos de investigación activados, la norma establece que se amortizarán durante su vida útil, la cual se define en el Marco Conceptual 6.º 10 «La vida útil es el periodo durante el cual la empresa espera utilizar el activo».

Si nos atenemos a la literalidad de la norma los gastos activados no serán objeto de amortización hasta que no se utilice el proyecto derivado del proceso de investigación, siendo esta la solución que se va a considerar.

El artículo 11.2 del TRLIS establece:

«Podrán amortizarse libremente:

(...)

- c. Los elementos del inmovilizado material e intangible, excluidos los edificios, afectos a las actividades de investigación y desarrollo.

Los edificios podrán amortizarse, por partes iguales, durante un periodo de 10 años, en la parte que se hallen afectos a las actividades de investigación y desarrollo.

- d. Los gastos de investigación y desarrollo activados como inmovilizado intangible, excluidas las amortizaciones de los elementos que disfruten de libertad de amortización.»

Como en el enunciado se dice que la empresa «se acogerá a todas las medidas que supongan menor coste fiscal», se van a considerar las siguientes diferencias.

Dentro de los gastos de investigación activados podemos distinguir:

- Los gastos de personal y los materiales, los cuales se van considerar deducibles en su totalidad en este ejercicio, generándose una diferencia temporaria imponible por importe de 101.000,00.
- La amortización de los equipos informáticos, los cuales quedan excluidos por gozar de libertad de amortización:

Gasto contable	0,00
Gasto fiscal.....	10.000,00 (100%)
Diferencia temporaria imponible	–10.000,00

Esta misma diferencia se puede obtener efectuando el siguiente análisis: el gasto registrado por amortización ha sido de 1.000,00, por lo que la diferencia sería de -9.000,00; pero también se ha registrado un ingreso contable de 1.000,00 (correspondiente a la activación) que no sería fiscalmente computable, generándose una diferencia de -1.000,00. En conjunto, la diferencia es de -10.000,00, la cual revertirá a medida que se vayan amortizando los equipos y la inversión en investigación activada.

- La amortización de los edificios generan igualmente una diferencia temporaria imponible de 10.000,00.

Gasto contable	0,00
Gasto fiscal	10.000,00 (100.000/10)
Diferencia temporaria imponible	-10.000,00

Esta misma diferencia se puede obtener efectuando el siguiente análisis: el gasto registrado por amortización ha sido de 5.000,00, por lo que la diferencia sería de -5.000,00; pero también se ha registrado un ingreso contable de 5.000,00 (correspondiente a la activación) que no sería fiscalmente computable, generándose una diferencia de -5.000,00. En conjunto, la diferencia es de -10.000,00, la cual revertirá a medida que se vayan amortizando los edificios y la inversión en investigación activada.

Artículo 35 del TRLIS. *Deducción por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica.*

1. «Deducción por actividades de investigación y desarrollo.

La realización de actividades de investigación y desarrollo dará derecho a practicar una deducción de la cuota íntegra, en las condiciones establecidas en este apartado.

a. Concepto de investigación y desarrollo.

Se considerará investigación a la indagación original planificada que persiga descubrir nuevos conocimientos y una superior comprensión en el ámbito científico y tecnológico, y desarrollo a la aplicación de los resultados de la investigación o de cualquier otro tipo de conocimiento científico para la fabricación de nuevos materiales o productos o para el diseño de nuevos procesos o sistemas de producción, así como para la mejora tecnológica sustancial de materiales, productos, procesos o sistemas preexistentes.

Se considerará también actividad de investigación y desarrollo la materialización de los nuevos productos o procesos en un plano, esquema o diseño, así como la creación de un primer prototipo no comercializable y los proyectos de demostración inicial o proyectos piloto, siempre que estos no puedan convertirse o utilizarse para aplicaciones industriales o para su explotación comercial.

Asimismo, se considerará actividad de investigación y desarrollo el diseño y elaboración del muestrario para el lanzamiento de nuevos productos. A estos efectos, se entenderá como lanzamiento de un nuevo producto su introducción en el mercado y como nuevo producto, aquel cuya novedad sea esencial y no meramente formal o accidental.

También se considerará actividad de investigación y desarrollo la concepción de *software* avanzado, siempre que suponga un progreso científico o tecnológico significativo mediante el desarrollo de nuevos teoremas y algoritmos o mediante la creación de sistemas operativos y lenguajes nuevos, o siempre que esté destinado a facilitar a las personas discapacitadas el acceso a los servicios de la sociedad de la información. No se incluyen las actividades habituales o rutinarias relacionadas con el *software*.

b. Base de la deducción.

La base de la deducción estará constituida por el importe de los gastos de investigación y desarrollo y, en su caso, por las inversiones en elementos de inmovilizado material e intangible excluidos los inmuebles y terrenos.

Se considerarán gastos de investigación y desarrollo los realizados por el sujeto pasivo, incluidas las amortizaciones de los bienes afectos a las citadas actividades, en cuanto estén directamente relacionados con dichas actividades y se apliquen efectivamente a la realización de estas, constando específicamente individualizados por proyectos.

La base de la deducción se minorará en el 65 por 100 de las subvenciones recibidas para el fomento de dichas actividades e imputables como ingreso en el periodo impositivo.

Los gastos de investigación y desarrollo que integran la base de la deducción deben corresponder a actividades efectuadas en España o en cualquier Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

Igualmente tendrán la consideración de gastos de investigación y desarrollo las cantidades pagadas para la realización de dichas actividades en España o en cualquier Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, por encargo del sujeto pasivo, individualmente o en colaboración con otras entidades.

Las inversiones se entenderán realizadas cuando los elementos patrimoniales sean puestos en condiciones de funcionamiento.

c. Porcentajes de deducción.

El 25 por 100 de los gastos efectuados en el periodo impositivo por este concepto (tras la aplicación del coeficiente corrector).

En el caso de que los gastos efectuados en la realización de actividades de investigación y desarrollo en el periodo impositivo sean mayores que la media de los efectuados en los dos años anteriores, se aplicará el porcentaje establecido en el párrafo anterior hasta dicha media, y el 50 por 100 sobre el exceso respecto de esta.

Además de la deducción que proceda conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores se practicará una deducción adicional del 17 por 100 (tras la aplicación del coeficiente corrector) del importe de los gastos de personal de la entidad correspondiente a investigadores cualificados adscritos en exclusiva a actividades de investigación y desarrollo.

- d. El 8 por 100 de las inversiones en elementos de inmovilizado material e intangible, excluidos los inmuebles y terrenos, siempre que estén afectos exclusivamente a las actividades de investigación y desarrollo.

La deducción establecida en el párrafo anterior será compatible con la prevista en el artículo 42 de esta ley e incompatible para las mismas inversiones con las restantes deducciones previstas en los demás artículos de este capítulo.

Los elementos en que se materialice la inversión deberán permanecer en el patrimonio del sujeto pasivo, salvo pérdidas justificadas, hasta que cumplan su finalidad específica en las actividades de investigación y desarrollo, excepto que su vida útil conforme al método de amortización, admitido en el párrafo a) del apartado 1 del artículo 11, que se aplique, fuese inferior.»

Gastos efectuados en investigación, 101.000,00, inferior a la media de los dos últimos años (250.000,00).

Deducciones:

25% × 107.000,00	26.750,00
17% × 100.000,00	17.000,00
8% × 10.000,00	800,00
Total deducciones año X0 (26.750,00 + 17.000,00 + 800,00)	44.550,00

31-12-X0. Permuta

En primer lugar, se habrá de proceder a calificar la permuta de acuerdo con lo establecido por la NRV 2.^a 1.3, la cual establece:

«A efectos de este Plan General de Contabilidad, se entiende que un elemento del inmovilizado material se adquiere por permuta cuando se recibe a cambio de la entrega de activos no monetarios o de una combinación de estos con activos monetarios.

En las operaciones de permuta de carácter comercial, el inmovilizado material recibido se valorará por el valor razonable del activo entregado más, en su caso, las contrapartidas monetarias que se hubieran entregado a cambio, salvo que se tenga una evidencia más clara del valor razonable del activo recibido y con el límite de este último.

Las diferencias de valoración que pudieran surgir al dar de baja el elemento entregado a cambio se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Se considerará que una permuta tiene carácter comercial si:

- a) La configuración (riesgo, calendario e importe) de los flujos de efectivo del inmovilizado recibido difiere de la configuración de los flujos de efectivo del activo entregado; o
- b) El valor actual de los flujos de efectivo después de impuestos de las actividades de la empresa afectadas por la permuta, se ve modificado como consecuencia de la operación.

Además, es necesario que cualquiera de las diferencias surgidas por las anteriores causas a) o b), resulte significativa al compararla con el valor razonable de los activos intercambiados.

Cuando la permuta no tenga carácter comercial o cuando no pueda obtenerse una estimación fiable del valor razonable de los elementos que intervienen en la operación, el inmovilizado material recibido se valorará por el valor contable del bien entregado más, en su caso, las contrapartidas monetarias que se hubieran entregado a cambio, con el límite, cuando esté disponible, del valor razonable del inmovilizado recibido si este fuera menor.»

Con los datos del enunciado sería muy difícil poder determinar si se trata de una permuta comercial o no comercial, pues la información suministrada no permite analizar el cumplimiento o no de las circunstancias que llevarían a su calificación en un sentido o en otro, por lo que, se va a considerar como permuta no comercial, fundamentalmente para que se produzca una diferencia en el impuesto, cuestión sobre la que versa el ejercicio planteado.

Según la norma anteriormente transcrita, el inmovilizado recibido se valora por el menor entre:

- El valor contable del bien entregado más el importe monetario, si lo hubiera; y
- El valor razonable del bien recibido.

Valor contable del bien entregado (20.000,00/10 × 5) 10.000,00

Valor razonable del bien recibido 15.000,00

El martinete recibido se valorará por 10.000,00 u.m.

Código	Amortización del martinete entregado	Debe	Haber
681	Amortización inmovilizado material (20.000/10)	2.000,00	
281	Amortización acumulada inmovilizado material		2.000,00

Código	Permuta	Debe	Haber
213	Maquinaria	10.000,00	
281	Amortización acumulada inmovilizado material	10.000,00	
213	Maquinaria		20.000,00

A efectos fiscales el martinete recibido se valora por su valor razonable, es decir, 15.000,00 u.m., produciéndose en consecuencia una diferencia temporaria deducible, tal y como se recoge en el siguiente cuadro, en el cual se analiza la diferencia entre el valor contable y la base fiscal del bien.

Años	Valor contable	Base fiscal	Diferencia temporaria deducible
31-12-X0	10.000,00	15.000,00	+ 5.000,00
X1	8.000,00	12.000,00	+4.000,00 – 5.000,00 = –1.000,00
X2	6.000,00	9.000,00	+3.000,00 – 4.000,00 = –1.000,00
X3	4.000,00	6.000,00	+2.000,00 – 3.000,00 = –1.000,00
X4	2.000,00	3.000,00	+1.000,00 – 2.000,00 = –1.000,00
X5	0	0	0 – 1.000,00 = –1.000,00

Fiscalmente se ha obtenido en la permuta realizada un beneficio de 5.000,00 u.m. que se ha reinvertido en otro bien, por lo que surge una deducción por reinversión, por importe de: $12\% \times 5.000,00 = 600,00$.

Esta deducción es asimilable a una subvención, por lo que contablemente se puede optar por distribuir el ingreso que representa la deducción a lo largo de la vida útil de los bienes a los que están vinculados, tal y como establece la NRV 13.^a 1.

En la solución se va a optar por periodificar la deducción.

31-12-X0. Adquisición de «CONSTRUCCIONES ALLERANAS, SL»

Se trata de una combinación de negocios, donde «DRAGADOS ASTURIANOS, SA» es la empresa absorbente/adquirente y «CONSTRUCCIONES ALLERANAS, SL» es la absorbida/adquirida, siendo la fecha de la adquisición, el 31-12-X0.

A continuación se va a proceder a identificar y valorar los activos adquiridos y pasivos asumidos.

En este sentido, parece ser que todos los activos y pasivos que figuran contabilizados en la empresa adquirida son reconocidos, habiéndose podido valorar de forma fiable.

No obstante, la empresa adquirida mantiene un contrato de arrendamiento, en concreto un *renting* (que parece lógico suponer que se haya calificado como arrendamiento operativo) en condicio-

nes desfavorables en relación con las condiciones de mercado, por lo que la empresa adquirente ha de reconocer una provisión, de acuerdo con la NRV 19.^a 2.4 a): «En particular, si en la fecha de adquisición, el negocio adquirido mantiene un contrato de arrendamiento operativo, del que es arrendatario en condiciones desfavorables respecto a las condiciones de mercado, la empresa adquirente ha de reconocer una provisión».

La única información que se suministra en el enunciado es el importe correspondiente a la cuota mensual a satisfacer, según las condiciones contractuales, y la cuota actual a precios de mercado, así como la duración del contrato (un año), por lo que al no disponerse de tipo de interés de actualización (la NRV 15.^a «Provisiones y contingencias», permite la no actualización de provisiones con vencimiento inferior al año), se va a cuantificar la provisión en: $(400,00 - 250,00) \times 12 = 1.800,00$ u.m.

NRV 15.^a 1. «Cuando se trate de provisiones con vencimiento inferior o igual a un año, y el efecto financiero no sea significativo, no será necesario llevar a cabo ningún tipo de descuento»:

Por último comentar que como la fusión se ha acogido al régimen especial de fusiones del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, el efecto impositivo derivado de las plusvalías y minusvalías se difiere a la absorbente.

Terreno (Activo)		
Valor contable	Valor fiscal	Diferencia temporaria imponible
11.000,00	10.000,00	1.000,00
Existencias (Activo)		
Valor contable	Valor fiscal	Diferencia temporaria deducible
500,00	700,00	200,00
Arrendamiento (Pasivo)		
Valor contable	Valor fiscal	Diferencia temporaria deducible
1.800,00	0	1.800,00

Se plantea un problema en cuanto a la interpretación de determinada información suministrada por el enunciado.

Expresamente se dice que el tipo a aplicar en el año X0 es del 30 por 100 y en la información correspondiente al año X1, se establece que «el tipo a aplicar este año se ha incrementado hasta el 40 por 100».

Esto en principio no plantea mayor dificultad que la de aplicar en la liquidación del año X0 el 30 por 100 y en la del año X1, el 40 por 100.

La duda es ¿cuándo se ha aprobado el nuevo tipo de gravamen, en el año X0 o en el año X1?

Si se hubiera aprobado en el año X0 las diferencias surgidas se habrían de valorar y registrar al 40 por 100; mientras que si se ha aprobado en el año X1, en definitiva, se desconocía en el año

X0, las diferencias se habrán de valorar y registrar al 30 por 100 en el año X0, ajustándose en el año X1 las diferencias que revierten al 40 por 100.

En la solución se va a considerar la segunda opción, es decir, que el tipo de gravamen del 40 por 100 se ha aprobado en el año X1, desconociéndose en el año X0.

Una vez identificados los activos adquiridos y pasivos asumidos y valorados de forma fiable, procedemos a su valoración:

Valor contable	9.500,00
+/- Ajustes	
Plusvalía de terrenos (11.000,00 – 10.000,00)	+1.000,00
Efecto impositivo plusvalía terrenos (30% × 1.000,00)	–300,00
Minusvalía de existencias (700,00 – 500,00)	–200,00
Efecto impositivo minusvalía existencias (30% × 200,00)	+60,00
Arrendamiento	–1.800,00
Efecto impositivo minusvalía arrendamiento (30% × 1.800,00)	+540,00
Valor razonable activos y pasivos	8.800,00
Coste de la combinación de negocios	11.000,00
Fondo de comercio	2.200,00

Código	Emisión de acciones	Debe	Haber
190	Acciones emitidas	11.000,00	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		11.000,00

Código	Recepción del patrimonio	Debe	Haber
210	Terrenos	11.000,00	
300	Existencias	500,00	
213	Maquinaria	20.000,00	
57-	Tesorería	500,00	
440	Deudores	200,00	
.../...			

Código	Recepción del patrimonio	Debe	Haber
.../...			
204	Fondo de comercio	2.200,00	
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles [30% × (200,00 + 1.800,00)]	600,00	
–	Provisiones		1.000,00
529	Provisión a corto plazo (arrendamiento)		1.800,00
41-	Acreedores		20.000,00
479	Pasivos por diferencias temporarias imposables [(30% × 1.000,00) + 900,00]		1.200,00
5530	Socios sociedad disuelta		11.000,00

Código	Entrega de las acciones	Debe	Haber
5530	Socios de sociedad disuelta	11.000,00	
190	Acciones emitidas		11.000,00

Código	Inscripción de la ampliación	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	11.000,00	
100	Capital social		11.000,00

Código	Gastos de consultoría	Debe	Haber
623	Servicios de profesionales independientes	1.000,00	
57-	Tesorería		1.000,00

Liquidación del impuesto/Cálculo de la cuota a pagar año X0	
Beneficio antes de impuestos	1.000.000,00
+/- Ajustes	
Sanción	+10.000,00
Gastos de investigación	–101.000,00
Amortización equipos informáticos	–10.000,00
Amortización edificios	–10.000,00
Permuta	+5.000,00
Base imponible previa	894.000,00
.../...	

Liquidación del impuesto/Cálculo de la cuota a pagar año X0	
.../...	
Compensación base imponible negativa	-100.000,00
Base imponible	794.000,00
× tipo de gravamen	× 30%
Cuota íntegra	238.200,00
– Deducciones (44.550,00 + 600,00)	-45.150,00
Cuota líquida	193.050,00
– Retenciones y pagos a cuenta	-25.067,00
Cuota diferencial	167.983,00

Código	Impuesto corriente	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	193.050,00	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		25.067,00
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto de sociedades		167.983,00

Código	Diferencia gastos activados	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	30.300,00	
479	Pasivo por diferencia temporaria imponible (30% × 101.000,00)		30.300,00

Código	Diferencia equipos informáticos	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	3.000,00	
479	Pasivo por diferencias temporarias imponibles (30% × 10.000,00)		3.000,00

Código	Diferencia edificios	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	3.000,00	
479	Pasivo por diferencias temporarias imponibles (30% × 10.000,00)		3.000,00

Código	Diferencia permuta	Debe	Haber
4740	Activos por diferencia temporaria deducible	1.500,00	
6301	Impuesto diferido (30% × 5.000,00)		1.500,00

Código	Compensación base imponible negativa	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	30.000,00	
.../...			

Código	Compensación base imponible negativa	Debe	Haber
...			
4745	Crédito por pérdidas a compensar ejercicios anteriores (30% × 100.000,00)		30.000,00

Código	Periodificación deducciones permuta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	600,00	
835	Ingresos fiscales por deducciones y bonificaciones		600,00

Código	Regularización del grupo 8	Debe	Haber
835	Ingresos fiscales por deducciones y bonificaciones	600,00	
1371	Ingresos fiscales por deducciones a distribuir en varios ejercicios		600,00

Código	Regularización efecto impositivo	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	258.450,00	
6300	Impuesto corriente		193.050,00
6301	Impuesto diferido		65.400,00

Año X1

Sanción

Código	Cobro de la sanción	Debe	Haber
57–	Tesorería	10.000,00	
778	Ingresos excepcionales		10.000,00

El ingreso contabilizado no es computable fiscalmente, ya que el gasto registrado en el año anterior tampoco fue fiscalmente deducible; en consecuencia en este ejercicio, se produce una diferencia permanente negativa.

Venta de existencias

Código	Venta de las existencias	Debe	Haber
---	Contrapartidas	500,00	
700	Venta de mercaderías		500,00

Al haberse realizado las existencias se produce la reversión de la diferencia temporaria deducible que surgió en la combinación de negocios, pero al haberse modificado para este ejercicio el tipo de gravamen, se habrá de ajustar el activo diferido:

Código	Ajuste activo diferido existencias	Debe	Haber
4740	Activos por diferencia temporaria deducible	20,00	
638	Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios [(40% - 30%) × 200,00]		20,00

Pago de las cuotas de arrendamiento

Código	Pago de la cuota mensual de renting	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	250,00	
529	Provisión a corto plazo	150,00	
57-	Tesorería		400,00

El asiento anterior se realizará en cada uno de los meses del año X1.

Fiscalmente el importe deducible, mensualmente, es de 400, aunque el gasto contable registrado es de 250, por lo que se produce la reversión de la diferencia temporaria deducible, contabilizada en la combinación de negocios, pero al haberse modificado para este ejercicio el tipo de gravamen, se habrá de ajustar el activo diferido:

Código	Ajuste activo diferido arrendamiento	Debe	Haber
4740	Activos por diferencia temporaria deducible	180,00	
638	Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios [(40% - 30%) × 1.800,00]		180,00

Proyecto de investigación.

Código	Por los costes de investigación	Debe	Haber
64-	Gastos de personal	150.000,00	
60-	Compras de materiales	2.000,00	
57-	Contrapartidas		152.000,00

Código	Amortización edificio	Debe	Haber
681	Amortización inmovilizado material (100.000,00/20)	5.000,00	
281	Amortización acumulada inmovilizado material		5.000,00

Código	Amortización ordenadores	Debe	Haber
681	Amortización inmovilizado material (10.000,00/10)	1.000,00	
281	Amortización acumulada inmovilizado material		1.000,00

Código	Activación del proyecto	Debe	Haber
200	Investigación	158.000,00	
730	Trabajos realizados para el inmovilizado intangible (152.000,00 + 5.000,00 + 1.000,00)		158.000,00

Al igual que en el ejercicio anterior los gastos de 152.000,00 u.m. generan una diferencia temporaria imponible en origen, que revertirá cuando se amorticen los importes activados.

Lo mismo ocurre con la amortización de los edificios; gasto contable, 0; gasto fiscal, 10.000; diferencia temporaria imponible en origen.

En relación con la amortización de los equipos, gasto contable, 0; gasto fiscal, 0; no se produce diferencia alguna en este ejercicio.

Deducciones:

25% × 158.000,00	39.500,00
17% × 150.000,00	25.500,00
Total deducciones (39.500,00 + 25.500,00)	65.000,00

Permuta

Código	Amortización martinete	Debe	Haber
681	Amortización inmovilizado material (10.000,00/5)	2.000,00	
281	Amortización acumulada inmovilizado material		2.000,00

Como ya se analizó en el ejercicio anterior, en este año se produce una diferencia temporaria deducible en reversión, por ser mayor el gasto fiscal (3.000,00) que el gasto contable (2.000,00), por importe de 1.000,00 que habrá de ser ajustada al tipo de gravamen de la reversión.

Código	Ajuste activo diferido permuta	Debe	Haber
4740	Activos por diferencia temporaria deducible	100,00	
638	Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios [(40% – 30%) × 1.000,00]		100,00

Fondo de comercio

El artículo 273.4 del TRLSC establece: «En cualquier caso, deberá dotarse una reserva indisponible equivalente al fondo de comercio que aparezca en el activo del balance, destinándose a tal efecto una cifra del beneficio que represente, al menos, un 5 por 100 del importe del citado fondo de comercio. Si no existiera beneficio, o este fuera insuficiente, se emplearán reservas de libre disposición».

Y la normativa fiscal establece que un importe no superior al 5 por 100 del importe original del fondo de comercio será fiscalmente deducible, siempre que se dote la reserva, que dado el importe del resultado se va a poder dotar.

$$\text{Importe fiscalmente deducible: } 5\% \times 2.200,00 = 110,00$$

Las diferencias surgidas este año se contabilizarán al 30 por 100, por considerar que este será el tipo de gravamen al que se efectuará la reversión.

Liquidación del impuesto/Cálculo de la cuota a pagar año X1	
Beneficio antes de impuestos	3.000.000,00
+/- Ajustes	
Sanción	-10.000,00
Existencias	-200,00
Arrendamiento	-1.800,00
Investigación	-152.000 00
Edificios	-10.000 00
Permuta	-1.000,00
Fondo de comercio	-110,00
Base imponible	2.824.890,00
× tipo de gravamen	× 40%
Cuota íntegra	1.129.956,00
- Deducciones	-65.000,00
Cuota líquida	1.064.956,00
- Retenciones y pagos a cuenta	-161.884,00
Cuota diferencial	903.072,00

Código	Impuesto corriente	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	1.064.956,00	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		161.884,00
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto de sociedades		903.072,00

Código	Diferencia existencias	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	80,00	
4740	Activo por diferencia temporaria deducible ($40\% \times 200,00$)		80,00

Código	Diferencia arrendamiento	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	720,00	
4740	Activo por diferencia temporaria deducible ($40\% \times 1.800,00$)		720,00

Código	Diferencia proyecto de investigación	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	45.600,00	
479	Pasivo por diferencia temporaria imponible ($30\% \times 152.000,00$)		45.600,00

Código	Diferencia edificios	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	3.000,00	
479	Pasivo por diferencia temporaria imponible ($30\% \times 10.000,00$)		3.000,00

Código	Diferencia permuta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	400,00	
4740	Activo por diferencia temporaria deducible ($40\% \times 1.000,00$)		400,00

Código	Diferencia fondo de comercio	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	33,00	
479	Pasivo por diferencia temporaria imponible ($30\% \times 110,00$)		33,00

Código	Transferencia deducción	Debe	Haber
837	Transferencia de deducciones y bonificaciones	120,00	
6301	Impuesto diferido (600,00/5)		120,00

Código	Regularización transferencia	Debe	Haber
1371	Ingresos fiscales por deducciones a distribuir en varios ejercicios	120,00	
837	Transferencia de deducciones y bonificaciones		120,00

Código	Regularización efecto impositivo	Debe	Haber
638	Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios	300,00	
129	Resultado del ejercicio	1.114.369,00	
.../...			

Código	Regularización efecto impositivo	Debe	Haber
.../...			
6300	Impuesto corriente		1.064.956,00
6301	Impuesto diferido		49.713,00

2.º CONTABILIZACIÓN DE OPERACIONES, ASÍ COMO EL IVA DERIVADO DE LAS MISMAS

Año X0

02-05-X0. Compra a crédito de 10.000 DVD a 10 u.m. cada uno.

Se va a considerar como IVA soportado deducible la totalidad del IVA soportado, ya que el porcentaje de prorata aceptado por la Administración ha sido del 100 por 100.

Código	Compra DVD	Debe	Haber
602	Compra de otros aprovisionamientos ($0,90 \times 10.000 \times 10,00$)	90.000,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado ($18\% \times 90.000,00$)	16.200,00	
400	Proveedores		106.200,00

30-06-X0. Liquidación IVA, segundo trimestre.

Código	Liquidación IVA	Debe	Haber
4700	Hacienda Pública, deudor por IVA	16.200,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado		16.200,00

01-09-X0. Adquisición de un ordenador.

Código	Compra ordenador	Debe	Haber
217	Equipos para procesos de información	3.000,00	
57-	Tesorería		3.000,00

Al tratarse de una importación, el IVA se liquida en la aduana.

05-09-X0. Liquidación del IVA de la importación.

Código	Liquidación IVA de la importación	Debe	Haber
472	Hacienda Pública, IVA soportado ($18\% \times 3.000,00$)	540,00	
57-	Tesorería		540,00

30-09-X0. Liquidación IVA, tercer trimestre.

Código	Liquidación IVA	Debe	Haber
4700	Hacienda Pública, deudor por IVA	540,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado		540,00

31-12-X0. Al no decirse si la empresa solicita devolución o decide compensar con liquidaciones posteriores a ingresar, se va a proceder a solicitar la devolución.

Código	Solicitud de devolución	Debe	Haber
4709	Hacienda Pública, deudor por devolución de impuestos	16.740,00	
4700	Hacienda Pública, deudor por IVA (16.200,00 + 540,00)		16.740,00

31-12-X0. Regularización de existencias finales de DVD.

Código	Regularización existencias	Debe	Haber
32-	Otros aprovisionamientos	90.000,00	
612	Variación de existencias de otros aprovisionamientos		90.000,00

Año X1. Inicio de las operaciones habituales de la actividad.

Prorrata provisional: 100 por 100.

01-07-X1. Anticipo al proveedor de la impresora láser.

Al ser una adquisición intracomunitaria de bienes, no se devenga IVA en el anticipo.

Código	Anticipo	Debe	Haber
239	Anticipos inmovilizaciones materiales	1.000,00	
57-	Tesorería		1.000,00

03-09-X1. Venta programa informático a «Éclat Even Design».

Código	Venta	Debe	Haber
57-	Tesorería	300.000,00	
705	Prestación de servicios		300.000,00

Se ha utilizado prestación de servicios, por tratarse de un diseño especial y no de un programa estándar. Las exportaciones están exentas de IVA.

01-10-X1. Adquisición de la impresora láser.

Código	Adquisición impresora láser	Debe	Haber
219	Otro inmovilizado material	2.000,00	
239	Anticipos inmovilizaciones materiales		1.000,00
57-	Tesorería		1.000,00

Al ser una adquisición intracomunitaria de bienes, la empresa se ha de autorrepercutir IVA.

Código	Autorrepercusión IVA	Debe	Haber
472	Hacienda Pública, IVA soportado	360,00	
477	Hacienda Pública, IVA repercutido ($18\% \times 2.000,00$)		360,00

31-12-X1. Cálculo de la prorrata definitiva.

Al darse como dato en el enunciado el importe de las operaciones con y sin derecho a deducción realizadas en cada año, se va a considerar que, en concreto en el año X1, los importes del enunciado incluyen las operaciones que expresamente se han mencionado en el enunciado.

Prorrata definitiva X1: $700.000,00 / (700.000,00 + 300.000,00) \times 100\% = 70\%$.

Ajuste prorrata definitiva:

IVA deducido ($100\% \times 18\% \times 2.000,00$) 360,00

IVA deducible ($70\% \times 18\% \times 2.000,00$) 252,00

Ajuste 108,00

Código	Ajuste IVA prorrata definitiva	Debe	Haber
634	Ajustes negativos en la imposición indirecta	108,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado		108,00

Año X2. Prorrata provisional: 70 por 100.

03-08-X2. Se trata de una operación vinculada realizada entre don Ángel R. y sus cuñados.

Código	Por la aplicación realizada	Debe	Haber
678	Pérdidas excepcionales	3.000,00	
705	Prestación de servicios		3.000,00

En relación con el IVA se ha de repercutir el IVA correspondiente al tratarse de un autoconsumo interno.

Código	Repercusión IVA	Debe	Haber
631	IVA, autoconsumo interno	540,00	
477	Hacienda Pública, IVA repercutido ($18\% \times 3.000,00$)		540,00

Prorrata definitiva X2: $138.000,00 / (138.000,00 + 12.000,00) \times 100\% = 92\%$.

Ajuste prorrata definitiva: al no conocerse la totalidad de las operaciones realizadas en el año X2, no se puede determinar el importe del ajuste, siendo el asiento a efectuar:

Código	Ajuste IVA prorrata definitiva	Debe	Haber
472	Hacienda Pública, IVA soportado		
639	Ajustes positivos en la imposición indirecta		

Si se considera que la impresor láser adquirida en el año X1 constituye un bien de inversión, a efectos de IVA, procede efectuar la regularización de bienes de inversión. Al trabajar con u.m. se va a considerar que sí constituye un bien de inversión.

Prorrata definitiva año X1 70%

Prorrata definitiva año X2 92%

Diferencia $22\% > 10\%$. Procede efectuar ajuste por regularización

$(92\% \times 18\% \times 2.000,00) - (70\% \times 18\% \times 2.000,00) / 5 = 15,84$

Código	Ajuste IVA prorrata definitiva	Debe	Haber
472	Hacienda Pública, IVA soportado	15,84	
639	Ajustes positivos en la imposición indirecta		15,84

Año X3. Prorrata provisional: 92 por 100.

31-12-X3. Prorrata definitiva X3: $226.800,00 / (226.800,00 + 88.200,00) \times 100\% = 72\%$.

Ajuste prorrata definitiva: al no conocerse las operaciones realizadas en el año X3, no se puede determinar el importe del ajuste, siendo el asiento a efectuar:

Código	Ajuste IVA prorrata definitiva	Debe	Haber
634	Ajustes negativos en la imposición indirecta		
472	Hacienda Pública, IVA soportado		

Regularización bien de inversión.

Prorrata definitiva año X1 70%

Prorrata definitiva año X3 72%

Diferencia $2\% < 10\%$. No procede efectuar ajuste por regularización

Año X4. Prorrata provisional: 72 por 100.

31-12-X4. Prorrata definitiva X4: $7.800,00 / (7.800,00 + 7.200,00) \times 100\% = 52\%$.

Ajuste prorrata definitiva: al no conocerse las operaciones realizadas en el año X4, no se puede determinar el importe del ajuste, siendo el asiento a efectuar:

Código	Ajuste IVA prorrata definitiva	Debe	Haber
634	Ajustes negativos en la imposición indirecta		
472	Hacienda Pública, IVA soportado		

Regularización bien de inversión.

Prorrata definitiva año X1 70%

Prorrata definitiva año X4 52%

Diferencia $18\% > 10\%$. Procede efectuar ajuste por regularización

$(70\% \times 18\% \times 2.000,00) - (52\% \times 18\% \times 2.000,00) / 5 = 12,96$

Código	Ajuste IVA prorrata definitiva	Debe	Haber
634	Ajustes negativos en la imposición indirecta	12,96	
472	Hacienda Pública, IVA soportado		12,96

Al cierre de este ejercicio también procede regularizar las cuotas soportadas en el año X0 (por la compra de los DVD y del ordenador), anterior al inicio de la actividad, aplicando como porcentaje de prorrata definitiva del año X4 el que se obtiene sumando los cuatro años de actividad:

$(700.000,00 + 138.000,00 + 226.800,00 + 7.800,00) / (1.000.000,00 + 150.000,00 + 315.000,00 + 15.000,00) \times 100 = 72,47\% = 73\%$

Cuotas soportadas en el año X0 ($16.200,00 + 540,00$)	16.740,00
Importe deducible ($73\% \times 16.740,00$)	12.220,20
Diferencia	4.519,80

Código	Ajuste IVA prorrate definitiva	Debe	Haber
634	Ajustes negativos en la imposición indirecta	4.519,80	
472	Hacienda Pública, IVA soportado		4.519,80

Año X5. Prorrata provisional: 52 por 100.

01-06-X5. Compra de 2.000 cajas de DVD.

Código	Compra DVD	Debe	Haber
602	Compra de otros aprovisionamientos $[2.000 \times (20,00 - 5,00)] + (48\% \times 18\% \times 30.000,00)$	32.592,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado ($52\% \times 18\% \times 30.000,00$)	2.808,00	
400	Proveedores		35.400,00

Compra de 1.000 cartuchos de tinta color.

Código	Compra cartuchos tinta	Debe	Haber
602	Compra de otros aprovisionamientos $[1.000 \times 30,00] + (48\% \times 18\% \times 30.000,00)$	32.592,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado ($52\% \times 18\% \times 30.000,00$)	2.808,00	
400	Proveedores		35.400,00

10-06-X5. Devolución 10 cartuchos de tinta.

Código	Devolución cartuchos tinta	Debe	Haber
57-	Tesorería ($10 \times 30,00 \times 1,18$)	354,00	
608	Devoluciones de compras $[10 \times 30,00] + (48\% \times 18\% \times 300,00)$		325,92
472	Hacienda Pública, IVA soportado $(52\% \times 18\% \times 10 \times 30,00)$		28,08

31-12-X5. Prorrata definitiva X5: 0%, al no haberse realizado actividad.

Ajuste prorrata definitiva:

IVA deducido $[52\% \times 18\% \times (30.000,00 + 30.000,00 - 300,00)] \dots\dots\dots 5.587,92$

IVA deducible $[0\% \times 18\% \times (30.000,00 + 30.000,00 - 300,00)] \dots\dots\dots 0,00$

Ajuste $\dots\dots\dots 5.587,92$

Código	Ajuste IVA prorrata definitiva	Debe	Haber
634	Ajustes negativos en la imposición indirecta	5.587,92	
472	Hacienda Pública, IVA soportado		5.587,92

Regularización bien de inversión.

Prorrata definitiva año X1 $\dots\dots\dots 70\%$

Prorrata definitiva año X5 $\dots\dots\dots 0\%$

Diferencia $\dots\dots\dots 70\% > 10\%$. Procede efectuar ajuste por regularización

$(0\% \times 18\% \times 2.000,00) - (70\% \times 18\% \times 2.000,00)/5 = 50,40$

Código	Ajuste IVA prorrata definitiva	Debe	Haber
634	Ajustes negativos en la imposición indirecta	50,40	
472	Hacienda Pública, IVA soportado		50,40

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

MATEMÁTICAS FINANCIERAS

ENUNCIADO

«MCB» ahorra anualmente 300.000 u.m. Esta cantidad la invierte al final de cada año en un depósito bancario que renta un interés compuesto anual del 6 por 100.

Con el capital constituido al cabo de 5 años se le presentan las siguientes opciones de inversión:

1. Adquisición de un inmueble que le supondrá unos rendimientos netos al final de cada año equivalentes al 10 por 100 de su valor de adquisición.
2. Adquisición de una embarcación de recreo que le supondrá vía alquiler a terceros unos rendimientos netos al final de cada año de 50.000 u.m.

Teniendo en cuenta un tipo de interés anual compuesto de valoración del 5 por 100.

SE PIDE:

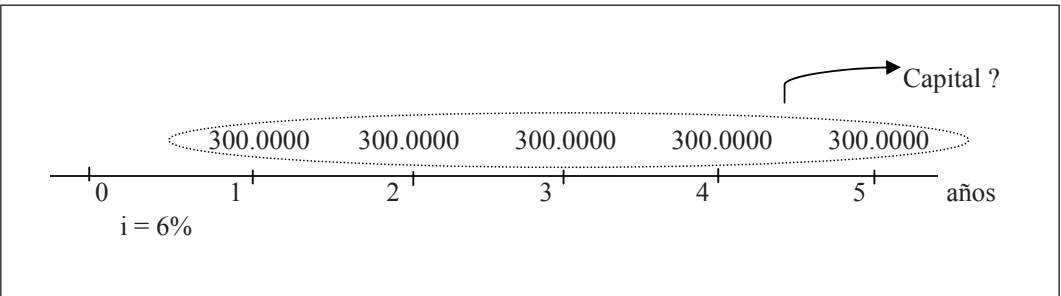
- a) Establecer qué opción es más ventajosa, si transcurridos 10 años vende el inmueble por el 180 por 100 del valor de adquisición y la embarcación por un valor equivalente a haber colocado la cantidad invertida en dicha adquisición a un tanto anual simple del 12 por 100 durante esos 10 años.
- b) Para que ambas opciones fueran equivalentes, determinar cuál debería ser el rendimiento neto anual a obtener por el alquiler de la embarcación.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 5

A. ESTABLECER QUÉ OPCIÓN ES MÁS VENTAJOSA

En primer lugar, deberemos conocer el capital constituido transcurridos los 5 años, durante los cuales «MCB» ha ido invirtiendo al final de cada año 300.000 u.m.

El importe final será el resultado de capitalizar las cinco aportaciones efectuadas al tipo de interés del depósito:



El saldo final resulta del valor final de una renta constante, temporal, pospagable y entera:

$$\text{Capital constituido} = 300.000 \times s_{\overline{10}|0,06} = 1.691.127,89$$

Una vez conocido el dinero disponible para realizar las inversiones, y para elegir la alternativa más ventajosa por «MCB» desde un punto de vista financiero, calcularemos el patrimonio final del que dispondrá según la alternativa elegida. Las cantidades que se vayan obteniendo a lo largo de los 10 años que dura la inversión, se irán acumulando a un tipo de interés del 5 por 100 que se ha considerado como tasa de valoración.

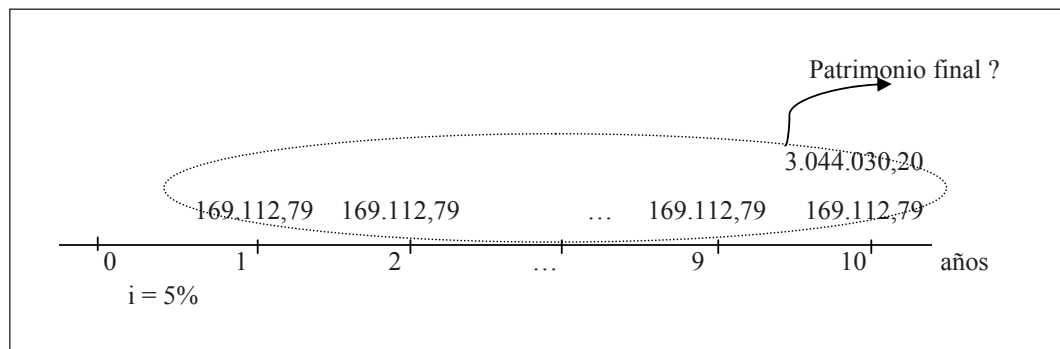
I. Adquisición del inmueble

En este caso el capital final estará formado por los rendimientos netos obtenidos al final de cada año y por el importe obtenido por la venta del inmueble transcurridos los 10 años.

$$\text{Los rendimientos anuales} = 10\% \times 1.691.127,89 = 169.112,79$$

$$\text{Venta inmueble} = 180\% \times 1.691.127,89 = 3.044.030,20$$

Gráficamente:



$$\text{Patrimonio final} = 169.112,79 \times s_{\overline{10}|0,05} + 3.044.030,20 = 2.127.082,48 + 3.044.030,20$$

$$\text{Patrimonio final} = 5.171.112,68$$

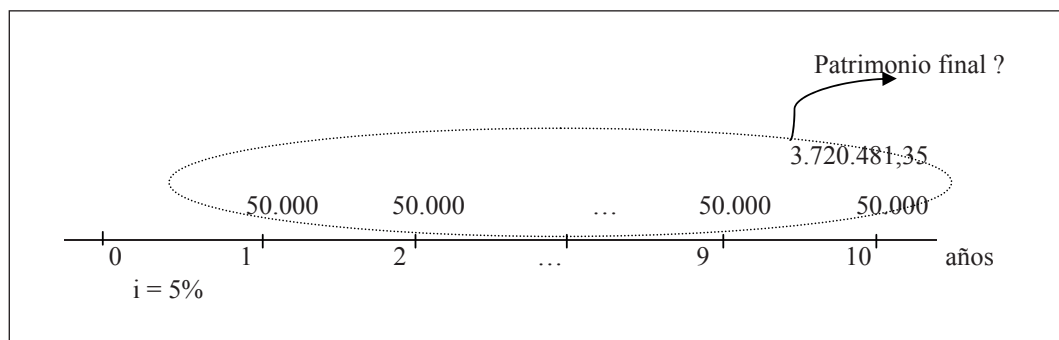
II. Adquisición de una embarcación de recreo

Ahora el capital final se constituirá por los alquileres anuales de 50.000 u.m. y por el importe obtenido por la venta de la embarcación los 10 años.

El precio de venta se estima como el resultado de capitalizar el importe de la inversión inicial en régimen de simple al 12 por 100 anual durante el plazo de la operación. Por tanto, el importe obtenido será:

$$\text{Venta embarcación} = 1.691.127,89 \times (1 + 0,12 \times 10) = 3.720.481,35$$

Gráficamente:



$$\text{Patrimonio final} = 50.000 \times s_{10|0,05} + 3.720.481,35 = 628.894,63 + 3.720.481,35$$

$$\text{Patrimonio final} = 4.349.375,98$$

Así pues, comparando el patrimonio final disponible por «MCB» transcurridos 10 años en cada una de las alternativas planteadas, la mejor opción será aquella que le permita disponer de mayor capital. Por tanto, **la opción elegida deberá ser la compra del inmueble.**

A la misma conclusión se hubiese llegado si la valoración se hubiera realizado en el momento presente, esto es, actualizando los flujos de caja considerados en cada alternativa a la tasa de valoración del 5 por 100 anual.

B. EQUIVALENCIA ENTRE AMBAS OPCIONES

Al ser el capital final de la segunda opción inferior al obtenido por la adquisición del inmueble, y si lo que pretende es hacer equivalentes, esto es, que le proporcionen la misma ganancia, podemos deducir que «MCB» debería alquilar la embarcación por un importe superior.

Para calcular cuál debe ser la cuantía de este rendimiento (P) se debe cumplir que el resultado de acumular estos importes al precio de venta de la embarcación, le permitan conseguir el

mismo patrimonio final que adquiriendo el inmueble. Por tanto, se debe cumplir la siguiente igualdad:

$$P \times s_{107|0,05} + 3.720.481,35 = 5.171.112,68$$

De donde se calcula el importe del alquiler:

$$P = 115.331,83$$